COMMENTARIA IN L. EX HOC IURE. FF. DE IUSTIT. ET IUR. DUABUS DIUISA PARTIBUS. PRIMA...

Bento Gil, Giovanni Battista Coccini

SECVNDA PARS
COMMENTARIORVM
L. EX HOC IVRE
ff. DE IVSTIT. ET IVR.

Uniuersam contractuum materiam generatim amplectens.

DEO DICATVM OPVS.

Authore Benedicto Ægidio, Lusitano.

Patria, Pace Iulia.



Cum facultate S. Inquisitionis, Ordinarij, & Regis.

VLYSSIPONE.

Ex officina Petri Craesbeeck, Typographi Regij.
Anno Dñi M.DC.XXI.

LICENÇAS.

EX mandato ſupremi Senatus Sanctæ Inquiſitionis recognoui ſecundam hanc Commentariorum partem in L. Ex hoc iure. ff de Iuſtitia, & iure. Authore Benedicto Ægidio, Vlyſsiponenſi, ac dignum cenſeo opus quòd euulgetur, cùm á fidei, morumquè certa regula nihil diſsideat; quin etiam gratum fore ijs qui doctrinam tutiorem, methodum facilem, eruditionemquè non vulgarem ſtudioſé ſectantur. Vlyſsipone 30 die Ianuarij anni 1616.

Doct. Baltaſar Aluarez.

VIſta a informação podeſe imprimir eſte liuro intitulado 2. part. in L. Ex hoc iure. ff. de Iuſtitia & iure. E deſpois de impreſſo torne a eſte Conſelho pera ſe conferir, & dar licença para correr, & ſem ella não correrà. Em Lisboa 22. de Feureiro de 616.

Bartholameu da Fonſequa. *Antonio Diaz Cardoſo.* *Fr. Manoel Coelho.*

POdeſe imprimir eſta ſegunda parte. Aos 28. de Feuereiro de 616.

Viegas.

DAõ licença ao ſupplicante para poder imprimir eſta ſegunda parte da L. Ex hoc iure. ff. de Iuſtit. & iur. viſto a que tem do Sancto Officio, & do Ordinario, & deſpois de impreſſo não correrá ſem ſe taixar neſta meſa. A 3. de Iulho de 616.

F. Vaz Pinto. *Preto.* *Gama.* *I. Machado.*

DAmos licença para q̃ o liuro conteudo na petição acima, q̃ he a ſegunda parte da L. ex hoc iure. ff. de iuſtit. & iure, que ora compos o ſupplicante Bento Gil, poſſa correr viſto como conſta da certidão do Padre Frey Antonio de Sequeira reuedor pòrla no original, que o impreſſo concorda com o dito original. Lisboa aos 5. dias de Ianeiro de 1621.

O Biſpo Inquiſidor gèral.

TAixão eſte liuro em quinhentos & trinta reis em papel. A 8. de Ianeiro de 1621. *Moniz.* *A. Cabral.* *I. Ferreira.*

PROLOGVS.

DE Iuris cõtractibus multi ſcripſerunt, nõ tantùm è Noſtris, ſed & è Theologis Viri doctiſsimi luculentos hac de re tractatus ediderũt. Quod me ab huiuſcemodi inſtituto arcere poſſet; præſertim qui, quæ alij accuratè & eleganter ſcripſerunt, tranſcribere non curo, ſuperare non valeo. Cæterùm, quia vniuerſorum contractuum materia pertinet ad tex. quem commentari inſtitui, cæptum opus pro complemento ſuo, illorum qualemqualem tractatum deſiderabat; idcircò, his ſtudijs laborem meum ſubtrahere non renui. Eò maximè quia contractuum materia, lata multùm eſt, vnam, ac magnã quidem iuris noſtri partem amplectens, in qua etſi multi ſcripſiſſent, multa tamen quæ ſcripta non ſunt, non rarò offeruntur. Quaſi, ergo, de meſſe hac multa & copioſa, illi qui primi in eam falcem immiſerunt, operarij quidem boni ac diligentes, vberes manipulos portauerunt; ego verò, quaſi meſſorum veſtigia ſequens, remanentes ſpicas modò colligam, quas beneuolo & erudito Lectori proferam. Eas tamen primùm, & laborẽ omnem meum, agri Domino, id eſt, vniuerſi iuris Authori offero, Deo, inquam, Optim. & Maxim. Immortali, Benedicto, Omnipotenti, in Perſonarum Trinitati vni, ac ſoli Deo, mundi Domino, atque eius iuſtiſsimo, ſapientiſsimoquè Rectori, Immenſo, Infinito, atque Incircunſcripto, creaturarum omnium pro nutu ſuo ſempiterno Motori immoto ipſo in ſe permanente, nullius indigenti, & bona omnia affatim vniuerſis elargienti, ſummé bono, ac ſummo & æterno Bono, per quem facta ſunt omnia, & cui omnia ſeruiunt, ego Benedictus hoc ipſo operę laborequé meo ſeruire ſtudens, opus ipſum dico; vt, cuius auxilio cæptum eſt & abſolutum, eidem acceptum continuó referatur.

INI-

I N I T I I.

S V M M A R I A.

1 AGitur de definitione contractus scripta ab Vlpian. in l. labeo. §. contractũ ff. de verbor. significat. & an conuentiones in quibus ex vna tantùm parte oritur obligatio, aut etiam ex nulla, quia liberatoria pacta sunt, & distractus, appellatione contractus comprehendantur.

2 Rerum vocabula mutabilia sunt ad commune hominum placitum, non ad priuatum cuiusque, sic intellecta l. 3. ff. de leg. 1. vbi immutabilia dicuntur. Et traditur, propriam cuiusuis nominis, seu vocabuli significationem, ad rei, quam significat, substantiam & definitionem pertinere.

3 Labeonis, & Vlpian. definitio contractus defenditur, secundùm strictam contractus definitionem. Et traditur, stipulationem, & cõuentiones alias, in quibus ex vna tantùm parte oritur obligatio, contractus etiam frequenter appellari à Iurisconsultis, & Imperatorib. absque improprietatis vitio.

4 Appellatione contractus in statutis etiam veniunt conuentiones in quibus vna tantùm pars obligatur, quæ contractus nomine intelliguntur ex cõmuni vsu loquendi, qui loquendi vsus magis attenditur quàm propria verbi significatio, in quacunque dispositione.

5 Agitur de antiquitate contractuũ, & qui nam illorum inuentus priùs fuerit.

6 Donatio duobus modis consideratur, & primo modo sumptam, etiã ante rerum dominia inuenta inter homines vsitatam fuisse, probatur.

7 Traditur, donationem altero modo sumptam, secundùm quem est contractus habilis ad transferendum dominium, priùs quàm conuentiones aliæ inter homines non fuisse, sed permutationem omnes tempore præcessisse.

SE-

SECVND. PART.

COMMENTARIORVM

L. EX HOC IVRE. ff. DE IVSTIT. ET IVR.

INITIVM.

De definitione, & origine contractus.

1. Contractum (vt à definitione illius incipiamus, iuxta rectã docendi Methodum, quia secundùm Ciceron. lib.1.officior.omnis quæ de aliqua re suscipitur institutio, debet à definitione proficisci, vt intelligatur quid sit id,de quo disputatur) definit Vlpian.ex Labeone, esse vltro citroquè obligationẽ; quod Græci synallagma vocant,in l.labeo 19.§.contractum.ff. de verb. significat. cuius verbi Græci etymologiam declarat Alc. ibi, super verb. contractum , vbi etiam de illo ait, probabile esse, dici, quasì contrà seu vicissim actum , & quod hoc significat vox hæc, *contractus*. Verbum autem, *obligatio*, in definitione positũ, non sic accipiendum est, quasì contractus sit formaliter obligatio , sed quòd sit causa obligationis, vt ingeniosè aduertit Leonard. Lessius de iustit.& iur.lib.2. c.17. num.1.& ante eum Sot.eod.tract.lib.6. quæst. 2. art. 1. quem retulit Azor institut. moral. lib.6.c.1.quæst.1. tom.3. & definitionem prædictam per effectum traditam esse , scripsit Rebell. de obligat. 2.part.lib.1.quæst.1. num.1. obligatio enim est effectus per contractũ productus in contrahentibus ; idcircò Less.num. sequenti definit, vt contractus , sit signum externum practicum, vltro citroquè obligationem ex consensu contrahentium pariens : quod nomine Græco clarius indicari,ait. Et hæc quidem definitio à Iurisconsultis non dissonat ; saltem à mente illorum, qui breuitati studentes, dixerunt, contractum esse vltro citroquè obligationem, effectum rei, & causam formalem considerantes in definitione illius.

Prædicta verò Labeonis, seu Vlpian. verba magnam Scribentibus,non Iuristis tantùm,sed & Theologis ansam præbuerunt largæ & assiduæ disputationis in definitione contractus ; vident enim , à definitione prædicta excludi stipulationem, donationem, mutuum , & conuentiones alias , in quibus non nascitur obligatio vltro

citroque, sed ex vna tantùm parte; & tamen conuentiones illæ, æquè vt eæ in quibus vtrinque nascitur obligatio, in multis Iurisconsultorum, & Imperatorum responsis, contractus appellantur; de mutuo est tex. in l. 1. ff. si cert. petat. & in l. 1. ff. de obligat. & action. de stipulatione, ibid. & in l. vnic. C. vt action. ab hęred. & contra hęred. incip. & in l. si donationis. C. de his quæ vi met. ve caus. fiunt, vbi etiam donatio appellatur contractus, sicut & in l. contractus. C. de fid. instrument. vbi Imper. ait, *Contractus venditionum, donationum, vel permutationum, &cat.* cum alijs citatis á Tiraq. de leg. connubialib. gloss. 5. num. 48. à Mendoç. de pact. lib. 1. c. 4. num. 28. versic. Sed certè. Mantic. de tacit. & ambig. conuentionib. lib. 1. titul. 3. nu. 4. & 5. tom. 1.

Quarè, gloss. nostra in d. §. contractum, intelligit, contractum ibi, propriè accipi, secundúm quod ab Vlpian. definitur, largè verò, & impropriè, conuentiones illas, in quibus ex vna tantùm parte nascitur obligatio, contractus appellari, vt in legib. citatis, & alijs, idem repetit gloss. 1. in d. l. contractus, Bart. d. l. si donationis, & in l. 1. ff. de pręscript. verb. & in d. l. Labeo §. contractum, vbi gloss. mente tenendam monet, pro statutis quæ in contractibus loquuntur; cùm enim propriè sint accipienda, in ijs demum erunt intelligenda qui reciprocam producunt obligationem; cum quo communis assentit teste Alc. d. l. Labeo, in princ. vbi eam limitat, vt non procedat, quando eadem statuti ratio, quæ est in alijs contractibus, æquè repetitur in his qui ex lata significatione contractus etiam dicuntur, vt in exemplo quod adducit, de muliere à statuto prohibita contrahere absque agnati consensu. Quod etiam in statutis correctorijs, vt impropria verborum significatio admittatur propter identitatis rationem, pluribus relatis tradit Mantic. d. titul. 3. num. 11. per l. his solis. C. de reuoc. donationib. l. nominis & rei §. verbum ex legibus ff. de verbor. significat. cum alijs ab eo citatis.

Prędictam verò Gloss. & Bart. sententiam, ac definitionem contractus recipiùnt communiter Scribent. teste Galiaul. in rubr. ff. de verbor. obligat. num. 122. & Crott. ibi 2. lect. col. penult. versicul. Sequor communem, Mendoç. d. cap. 4. num. 29. Azor d. cap. 1. quæst. 2. versicul. Communis est omnium, Molin. de iustit. 2. tom. disput. 252. quę est prima illius tom. num. final. qua in disputatione tres acceptiones contractus refert ex Conrrad. de contract. quæst. 16. quas Azor loco citato ascribit gloss. in d. §. contractum, vnam, propriè, de qua Labeo, & Vlpian. in d. §. contractum, secundam, latiùs, ac minus propriè, quando ex vna tantùm parte nascitur obligatio, vt in donatione, stipulatione, mutuo, & similibus; tertiam, quando ex nulla parte obligatio oritur, vt in acceptilatione, & liberatorijs pactis, quibus nulla in persona alterutrius inducitur obligatio, sed magis quæ erat tollitur, & tamen talia pacta, etiam contractus appellantur, lato sumpto vocabulo, & impropriè, secundùm Alc. d. l. Labeo in princip. Tiraq. de legib. connubialib. d. gloss. 5. num. 26. post multa ab eo congesta in præcedentib. ex num. 5. quibus probare intendit, appellatione contractus, etiam distractum venire, quando rationis diuersitas, aut materia aliud non suadeat. Et ita tres has acceptiones contractus, à Doctorib. communiter tradi, affirmat Molin. eos secutus d. disputat. 252. num. final. in fin. contra Sot. de iust. lib. 6.

lib. 6. quæst. 2. art. 1. nullum esse, nec posse dici contractum, arbitrantem, nisi qui prædicta Labeonis, & Vlpiani definitione comprehendatur; quod illo tacito probauit Aragon. de iustit. & iur. quæst. 77. ante articul. 1. col. 4. ad med. Sotum verò etiam citat, & confutat Frat. Ludouic. Lop. in instructor. negotiant. lib. 1. cap. 1. colum. 2. versicul. At verò, Mendoç. d. cap. 4. nu. 28. versicul. Sotus etiam. Vbi, & numer. sequentib. contra communem latissimè contendit, tam propriè esse contractum, stipulationem, & conuentiones alias, ex quibus oritur obligatio in vnius tantùm persona, quàm emptionem & venditionem, & reliquas, in quibus vtrinque obligatio datur; nec definitionem contractus, illam esse, affirmat, quę Iurisconsultis Labeoni, & Vlpiano in d. l. Labeo. §. contractum, communiter ascribitur; ad quem tex. post aliquos aliquorum intellectus ab eo relatos & refutatos, nouum assignat, num. 33. dicens, Iurisconsult. ibi, de definitione contractus, prout est substantia, seu essentia illius, non agere, sed de vocabuli significatione, iuxta subiectam materiam tituli, sub quo lex illa situata est; ac tandem num. 35. cæptam, ac largam de hac re disputationem concludens, tradit, definitionem contractus esse, duorum, pluriumue ad producendam obligationem consensum: quę est eadem, quæ traditur à Ludouic. Lop. d. cap. 1. post init. Sed in eo dissentiunt, quòd Lop. in prędicta contractus definitione, contractum lato sumpto vocabulo intelligit, agnoscens d. versicul. At verò, strictam, ac propriam definitionem, eam esse, quæ ab Vlpian. scribitur in d. §. contractum; quod omnino inficiatur Mendoç. tex. illum, non de definitione, sed de significatione vocabuli intelligens, veramquè ac propriam contractus definitionem, illam esse, quam assignat; qua tam verè ac propriè cōprehenduntur contractus obligatorij vtrinque, quàm ex vna tantùm parte; omnino verò manent exclusa liberatoria pacta, quibus nulla contrahitur obligatio, sed quæ erat, dissoluitur. Quod verò, contractus nomine, propriè etiam is intelligatur, qui ex vno tantùm latere obligationem producit, contra communem probat Mantic. d. titul. 3. num. 5. cum sequentib. in quo conuenit cum Mendoç. & num. 6. ibi respondet post alios quos refert, ad tex. in d. l. Labeo §. contractum, ibi non assignari veram & perfectam definitionem contractus, sed magis esse strictissimam iuris interpretationem.

2. Ego quidem, etsi agnoscam Vlpian. in d. §. contractum, verbi, *contractus*, significationem inculcasse ex Labeone Iurisconsulto, negare tamē non possum, hac ipsa significatione vocabuli, definitionē illius insinuasse; qui enim dicit, contractus significat vltro citroquè obligationem, diffinit vtique, contractum, obligationem vltro citroqué esse; sicut qui ait, homo significat animal rationale, cōsequenter ait, homo est animal rationale. Quanuis enim rerum nomina, salua semper earum substantia, ad cōmune hominum placitum mutabilia sint (quod enim dicitur in l. 3. ff. de leg. 1. quód rerum vocabula immutabilia sunt, de vsu priuato intelligitur, vt illo commune rei nomen mutari nequeat, non verò de communi hominum vsu, & placito, quo rerum vocabula mutabilia sunt, quia ad placitum instituta sunt) & ideò, qui dicit nomen rei, quod est accidens ad illam extrinsecum, & mutabile, eius definitionem non dicit,

 qua

qua substantia illius denotatur; tamen qui vult exprimere, quam rem significet nomen aliquod seu vocabulum, non meliùs, ac clariús, quàm per enuntiationem substantiæ, seu essentiæ illius, voti compos euadet: vt patet in exemplo proposito de illo qui vult edocere, quid significet hęc vox, *homo*. Quinimò illa est vera ac propria vocabuli significatio, quę conuenit definitioni rei, cuius est vocabulum, vt ex Bart. in l. omnes populi, num. 59. ff. de iustit. & iur. & in l. liberorum, num. 11. ff. de verbor. significat. Aret. cons. 5. num. 2. tradit Barbos. in 4. part. rubr. ff. solut. matrimon. num. penult. in fin. & sequenti. Quanuis ergo dicamus, Vlpian. in d. §. contractum, significationem vocabuli edocere, voluisse, iuxta subiectam illius tituli materiam, fateri quoque debemus, vt munus suum bene adimpleret, intentam nominis, seu vocabuli significationem, per rei substantiam edocuisse proposita definitione illius: quod verba illius clarè ostendunt, & vel saltem verbum illud, *esse*, quo vsus fuit, dicens, contractum, vltro citroquè obligationem esse.

3. Quarè, cum Gloss. Bart. & reliquis communem hanc contractus definitionem probo, tanquàm ab Vlpian. ex Labeone traditam, & approbatam, dummodò de stricta contractus definitione accipiamus; secundùm quam definitio à Iurisconsult. ibi tradita procedit, vt communiter accipitur. Nec me in contrarium mouet id, quo, qui communem hanc contractus definitionem damnant, moti sunt, nempe, stipulationem, donationem, mutuum, & conuentiones alias, quibus ex vna tantùm parte oritur obligatio, prædicta definitione non comprehendi, & tamen à Iurisconsult. & Imperatorib. quos propriè loqui, fas erat, & ita credere debemus, non raró, contractus nomine appellari; fateor enim, conuentiones quę ex vno tantùm latere obligationem producunt, ad strictam contractus significationem non pertinere, secundùm quam definitio procedit, vt diximus; non verò, ex hoc fateri compellimur, conuentiones prædictas, impropriè appellari contractus; potest enim idem verbum latam, & angustam significationem habere, & vtramque propriam, vt cum alijs ab eo relatis tradit illustriss. & doctiss. Mantic. d. lib. 1. titul. 3. num. 7. Galiaul. in d. rubr. de verbor. obligat. num. 125. vbi ad hoc citat tex. in l. receptitia C. de constit. pecun. & in l. talis scriptura ff. de leg. prim. in verbo, *pecunia*: quod tamen verbum hoc non probat; quia pecuniæ verbum ex propria, & originali sua significatione latissimè patet, non solùm numeratam, & quæ pondere, numero, & mensura consistunt, amplectens, sed res omnes quæ in patrimonio nostro sunt, corpora, & iura, vt probat l. rei appellatio l. pecuniæ verbum, l. pecuniæ nomine, ff. de verbor. significat. d. l. receptitia, ad fin. & tamen aliquando solùm de ijs intelligitur, quę pondere, numero, & mensura consistunt, vt in d. l. talis scriptura, l. 2. §. item mutuum ff. si cert. pet. quod euenit propter voluntatis coniecturam, & non propter strictam verbi significationem, quod tam comprehendit illa, quàm alia, ex originali sua significatione, vnde propria innotescit.

Quòd si magis placeat, latam significationem verbi alicuius, quòd vnum significat in stricta significatione, & aliud in lata, ad impropriam spectare,

ſpectare, vt ex alijs quos refert, probat Barboſ. d. 4. part. rubr. num. vltim. non idcircò culpandi ſunt, qui aliquando doctrinæ gratia, verbum aliquod impropria ſignificatione ſumptum vſurpant, vt contingit ijs qui metaphoricis figuris vtuntur, absque improprietatis nota verba impropriantes, quia hoc ex cauſa fit; ſic ergo, improprietatis vitio tribuendum non eſt, ſi dicamus, Iuriſconſult. & Imperatores, aliquando donationes, & conuentiones alias, contractus appellaſſe, impropriè ſumpto vocabulo; id enim ex cauſa euenit, vel doctrinę gratia, vel propter verborum compendium, dum, de illis, & alijs ſimul verè contractibus loquentes, & idem ęquè in omnibus ſtatuentes, omnes vno contractus nomine appellant, vt videri eſt in l. contractus. C. de fid. inſtrument. l. ſi donationis. C. de his quæ vi met. vè cauſ. fiunt, l. ſi quis. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. l. 1. ff. ſi cert. petat. l. 1. ff. de obligat. & action. cum pleriſque alijs, quibus facilè deprehendetur, contractus nomen, dum ad ſtipulationes, donationes, & conuentiones ſimiles refertur, doctrinæ cauſa, & vt verborum inculcatio & prolixitas euitetur, vſurpari; quod quidem improprietatis nota dignum non eſt; præſertim, quia cùm res intelligitur, minus de nomine laborandum eſt, ſecundùm Cicceron. in Topic. quem retulit Accurſ. in d. l. receptitia, verb. vocabula. C. de conſtit. pecun. vbi etiam notauit ex tex. ibi, controuerſiam de nomine pertinacibus relinqui. Hæc ergo, pro definitione, & nomine contractus, modò ſatis ſint, quæ coadiuuat ipſius nominis etymologia, ſup. in initio adducta ex Alc. in d. l. Labeo.

4. Hodie verò communi loquendi vſu tam veniunt, & intelliguntur ſub contractus nomine, ſtipulatio, donatio, & conuentiones aliæ, in quibus vna tantùm pars obligatur, quàm vtrinque obligatoriæ. Qua ratione, ſtatuto de contractibus loquente omnes comprehenduntur, vt tradit Gahaul. in d. rubr. de verbor. num. 127. quod in donatione loquens probat Tiraq. cum relatis ab eo de legib. connubialib. gloſſ. 5. â nu. 50. & generaliter Mantic. d. titul 3. num. 9. quia etſi ſtatuti verba, propriè ſint accipienda l. 3. §. hæc verba ff. de negot. geſt. tradit Bald. d. l. contractus col. 2. verſicul. Quid enim ſi ſtatutum, quia ſtatuta inſtar ſtipulationis cenſentur, & ſunt ſtricti iuris, vt ait Tiraq. qui Bald. retulit, d. gloſſ. 5. num. 43. ad fin. communis tamen loquendi vſus in ſtatutis, & vbique, primum locum habet, vt notat Bart. per tex. ibi in l. librorum §. quod tamen Caſsius, in fin. ff. de leg. tert. & ibi gloſſa penult. ſecundùm quam, vſus omni regulæ, omniquè conſtitutioni, in exaudiendis ſermonibus derogat ſolus, & quia facti eſt, nulla iuris conſtitutione mutari poteſt, quod etiam per tex. illum in d. §. Caſsius, tradidit Bart. in l. talis ſcriptura, num. 2. in fin. ff. de leg. 1. vbi communi omnium calculo eſſe receptum, debere magis attendi communem verbi ſignificationem, quàm propriam, affirmat Couar. lib. 3. variar. cap. 5. numer. 1. qui leges, & Doctores ad hoc allegat; vltra quos idem tradit Simanc. libro 2. de primogen. cap. decim. latè Mantic. de coniectur. vltim. volunt. libro 3. titul. 8. ex num. 1. & de ambig. conuentionib. d. libro 1. titul. 3. num. 10. de quo latiùs per eundem eod. tractat. lib. 2. titul. 8. ex num. 1,

5. De antiquitate cõtractuum ac

prioritate, qui nam illorum primus in hominum commercio extiterit, curiosa inuestigatio est, quæ se nobis primum offert. Et in ea prerogatiuam temporis, & antiquitatis, donationi tribuit nobilis & acuti ingenij vir Dom. Ferdinandus de Mendoça, de pact. lib. 3. c. 1. num final. in princip. vbi, donationis contractum, primum omnium vsitatum, & receptum ab omnibus fuisse, sibi semper persuasisse, scripsit, idquè nulla authoritate motus, sed ipsa hominis natura, ad miserendum, & indigentium necessitatibus subueniendum prona; qua deinceps liberalitate frigescente cæperunt contractus alij, qui etsi à liberalitate proficiscuntur, non tamen in illis ita pura & perfecta liberalitas reperitur propter reddendi onus, cuiusmodi sunt, mutuum, cõmodatum, & precarium; post quos, humanis vsibus & necessitate exigẽtibus, onerosos contractus introductos fuisse, ait, & inter eos permutationem primam fuisse, opinatur.

Hæc Ferdinand. quæ ante eum opinatus est Gregor. Tholosan. lib. 21. Syntagmat. iur. c. 1. num. 4. & 5. quem ille retulit d. tract. de pact. lib. 1. c. 4. num. 35. vbi scripsit, donationem, priorem omnium iuris gentium conuentionum post rerum diuisionem extitisse; idem circà hoc protulit iudicium Tholosan. idem lib. 28. c. 15. nu. 2. vbi scripsit, quòd tres fuerunt modi transferendi dominij præcipui, & primi post rerum diuisionem: quorum vnus permutatio fuit, inter eos qui superflua, vel minus vtilia, vtilioribus, & necessarijs commutabant: alter fuit hominum ingenuorum & præstantiorum, donatio, scilicet, tertius fuit omnibus communis, successiò abintestatò proximorum: ex quibus alij nati breui tem pore, & vrgente cõmerciorum necessitate sunt.

Hæc ille, & ab his non dissentit eruditus vir Garf. Gallec. in tract. de expens. & meliorationib. c. 1. num. 1. in princ. vbi ait, permutationem, primum, & antiquissimum omnium esse contractum, qui, vt ferè reliqui contractus omnes, necessitate cogente inuentus & excogitatus fuit: & consequenter iudicium hoc suum de permutationis antiquitate & initio declarans, intelligit, eius commercium cum exteris cæpisse; nam inter eos qui moribus, lingua, & patria coniuncti viuebant, gratuita & amica donatio orta est, & reliqui contractus, qui donationis seu liberalitatis speciem præse ferunt, vt mutuum, commodatum, & his similes, in quibus liberalitas versatur. Atque ita concludit ibid. nu. 2. permutationem, & donationem, primos fuisse contractus, illius commercium cum exteris, istius cum eiusdem terræ habitatoribus cępisse, & ab his veluti á duobus seminarijs reliquos contractus paulatim effluxisse, à permutatione onerosos, á donatione lucratiuos seu gratuitos.

Hæc quidem, quæ á Viris doctis eleganter & ingeniosè scripta sunt, authoritate nõ constant, nec quidem hanc in rem afferri aliqua certa potest, præter eam quam de permutatione & emptione habemus in l. 1. infr. de contrahend. empt. idcircó, quando de his quæ adeò vetusta, & sensibus nostris ignota sunt, ratiocinari cuilibet liceat, mihi quoque proprium hac in re coniecturale (vt ita dicam) iudicium condonandum erit.

6. Dico igitur, donationem, duobus modis cõsiderari posse; vel enim consideratur prout est liberalitatis & commiserationis actus, vel, prout est contractus à iure gentium inuentus, ac modus transferendi dominij secuta traditione; & primo modo acceptam,

acceptam, non solùm contractus omnes, matrimonio excepto, sed ipsam etiam dominiorum distinctionem; quam contractus secuti sunt, præcessisse, pro certo puto; quod sup annotaui in tex. super verb. *Obligationes instituta*, pro antiquitate obligationis antidoralis, quæ à suscepto beneficio mouetur, siue illud in dando, siue in faciendo constitisset. Quis enim negare poterit, in primordio generis humani, quando omnia omnibus cōmunia erant, nec erant inter homines rixæ vllæ, aut disceptationes pro rerum dominio, sed de communi omnes in pace ac tranquillitate viuebāt, & de communi vnusquisque ea sinè controuersia sibi sumebat, quibus indigebat, mammona iniquitatis neminem tunc solicitante, Quis, inquam, negare poterit, in tam felici seculo, ac ab auaritiæ stimulis tam alieno hominum statu, liberalitatem, & commiserationem, in quam hominum natura prona est, inter homines floruisse? Quòd si obijciat aliquis, quomodò alter alteri donare poterat, quod non magis in vnius quàm in alterius dominio erat, nec donatum idcircò magis de donatarij dominio efficiebatur? facilè respondetur, tunc quidem donatione dominium nō transferri ab vno in alterum, quod non dum cognitum nec inuentum erat, sed res vtenda, sinè spe & animo repetendi, dabatur. Quanuis enim communia omnia essent, illa tamen quæ vsibus suis accommoda quisque sumebat, ab eo inuito alius communitatis obtentu non auferebat; vnde, si aliquis in acquirendo de communi vsibus suis necessaria minus industrius esset, aut negligens, aut non ita idoneus propter aliquod impedimētum, alter de sibi quæsitis illi donabat. Quod etiam hodie cernere est in ijs quorum vsus communis est, verbi gratia, si ex communi fonte, alter alteri sitienti, & accedere nolenti, vel non valenti haustum aquæ præbeat; in quo donum; & beneficium vertitur, & illud quidem ex re communi, & communibus vsibus destinata factum; quod Dauid contigit aquam de cisterna Bethleemitica desideranti; quam tamen sibi allatam non bibit, sed Domino libauit, Reg. 2. c. 23. 1

Denique, huius rei clarum testimonium nobis præbet primus ille pastor ouium innocens Abel, vt nocentem Cain agricolam omittamus; dicit enim Scriptura de illo Genes. 4. *Abel quoque obtulit de primogenitis gregis sui, & de adipibus eorū, & respexit Dominus ad Abel, & ad munera eius:* Ecce, Abel gregem suum habuisse, legimus, & de eo, vt de re sua obtulisse Deo munera quo tempore rerū dominia non erant: nec enim probabiliter dicet aliquis, dominiorum distinctionem cum Fratribus illis cæpisse, primis in orbe terrarum hominibus post primos communes Parentes: qui enim per tempus illud dominia fuisse discreta dixerit, fateri cogetur, nunquam omnia fuisse communia nisi sub potestate Adam: quod; quâm à vera, & receptissima de dominiorum distinctione traditione deuiet, per se patet: nec enim legimus, tunc temporis Adam alios iam filios habuisse; nec Cain vxorem cognouisse, vnde suscepta prole iam tunc genus humanum propagatum fuisse, conijcere possimus; nisi postquàm fratricidij patrato facinore maledictus à Domino profugus abijt à facie illius.

Colligitur, itaque, ante dominiorū distinctionem, potuisse homines propria habere, non quidem dominij titulo ac nomine quæsita, & possessa; quod non dum notum erat; sed, vt priuatis ac necessarijs vsibus accommoda,

moda, comparata, de quibus, vt Pastor ille Deo munera offerebat, ita alter alterius indigentiæ subuenire posset, vel sibi superflua amico aut vicino erogans, vel, quod maioris liberalitatis munus est, proprium genium fraudans; quod mutuis aureæ illius ætatis affectionibus ac familiaritatibus consentaneum valde erat. Atque ita apparet, donationem hoc modo sumptam & intellectam, quatenus, inquam, liberalitatis & commiserationis actus est, omnes iuris gentium contractus, & ipsam dominiorum discretionem, tempore præcessisse.

7. Altero verò modo sumpta & intellecta donatio, videlicet, prout est contractus ac modus iure gentium inuentus post rerum dominia, ad transferendum dominium habilis secuta traditione, multùm dubito, an cęterorũ iuris gentium contractuum prior inter homines extiterit? De illo non dubito, frequentiorem eam alijs contractibus nunquam fuisse. Atque ita, quæ, ante rerum dominia, prima & sola erat, & assiduè frequentata, post rerum dominia inuenta, nõ tam frequens fuit, vt contractus alij, nec inter eos primam fuisse, suspicor. Idquè mihi persuasi ex eo, quia, in initio dominij inuenti, magis homines illius quærendi, & quæsiti retinendi, quàm perdendi studiosos fuisse, verisimile est.

Prætereà, cùm primùm dominia introducta fuerunt, nec iam communionis vsus cuique pateret, verisimile est, illam ante alias homines conuentionem effinxisse, qua maximè pro necessario vitæ vsu indigerent: nec enim omnes omnium quæ sibi opus erant, dominium habere potuissent, sed, alter alterius rem, & econtrà pro mutuis vsibus, sæpissime desideraret: quod & vsque nunc, locupletissimo cuique, ac etiam terrarum dominis & principibus euenire, videmus, diuina sic prouidentia pręordinante non tantùm inter discretas gentes ac prouincias, sed etiam inter eos qui moribus, lingua, & patria coniuncti viuunt, vt dum alter alterius re, & ope, pro vitę suæ vsibus, & ipso etiam quotidiano vsu indiget, sciant gentes, quia homines sunt, & alter alterius onera portet, quando alter alterius commoda reportat. Primam igitur ante alias, ac necessariam conuentionem humano generi statim post rerum dominia inuenta, permutationem fuisse, conijcio, quam priùs homines, vsu sic & necessitate exigente, induxisse reor, ac frequentiùs exercuisse. Liberalitas verò, quę antea primatum obtinuerat, fortassis primis illis nascentium contractuum temporibus transijt in mutuum, & commodatum, donatione interim sopita, quærendi, & conseruandi dominij auiditate, qua homines tunc non parùm flagrare, credibile est, tanquàm rei nouitate gaudentes. Quod & nunc vsque in viridi obseruantia perdurat, non vt nouum, sed vt vetus & inueteratum humanis pectoribus malum. Vnus verò semper matrimonij contractus, in hac antiquitatis eorum inquisitione excipiendus est, qui & ante dominiorum distinctionem cæpit, quia non quærendi dominij causa, sed altiori alia & sacratiori causa à Deo institutus fuit; quãuis hodie homines instituti illius causam eiusquè originem non attendentes, quærendi dominij causam ante alias, in contrahendis nuptijs sibi frequenter proponant. Vnde, matrimonij contractum cęteris omnibus longè antecellere, tum necessitate, tum dignitate, tum denique, antiquitatis prærogatiua, notauit Rebell. de obligation. lib. 2. in proœm part. 2.

Hæc de definitione, & antiquitate con-

contractuum; cuius rei inuestigatio, præsertim quod ad antiquitatis indagationẽ attinet, curiosa magis, quàm vtilis est. Nunc verò, quia de personis priùs est quærendum quâm de rebus, secundùm Iurisconsulti documentũ in l. si quæramus ff. de testament. antequàm ad vlteriora procedamus, ære est, vt de personis prius agamus, id est, de illis, in quorum contractibus specialitas aliqua reperitur, aut quibus contrahere non est iure permissum. A principe verò, vt à digniori, sequẽti capite sumpsimus exordium.

CAP. PRIMI

SVMMARIA.

1. *Contractus gerere possunt omnes quibus id iure prohibitum non reperitur.*

2. *Princeps cum subditis suis contrahere rectè potest, & ex contractu cum illis gesto obligatur.*
Et non solùm naturali, sed ciuili etiam obligatione ex contractu orta tenetur. d. nu. 2. versic Cæterùm.

3. *Princeps etiam prædecessoris contractus seruare tenetur. Limitatur in alienatione Regalium; & quid de priuileg. ibi, versicul. Et prædicta. & nu. 4. & 5.*

6. & 7. *Ponuntur specialia nonnulla quæ reperiuntur in contractibus Principum.*
Princeps ex superueniente causa etiam quæ priuatum ipsius commodum respiciat, contractum à se antea gestum reuocare potest, d. nu. 7. versic. Cæterùm.

8. *Speciale est in principis contractu priuilegium tacitæ hypothecæ; Et scripta in fisco, regulariter etiam ad priuatas res principis trahuntur.*
Fiscus non præfertur anterioribus creditoribus hypothecam etiam tacitam habentibus in bonis debitoris, quæ ante fisci contractũ habebat. In bonis verò postea quæsitis præfertur anterioribus creditoribus expressam generalem habentibus. d. nu. 8. versic. Priuilegium. & versicul. In hoc tamen.
Et quid de tacita mulieris hypotheca pro dote, ibid. & nu. sequent.

9. *Probatur Bald. sententia & communis contra gloss. & alios tradens, quòd priuilegium fisco competens ex l. si is qui ff. de iur. fisc. vt in bonis postea quæsitis præferatur anterioribus creditoribus, mulieri etiam pro dote competat.*

10. *Contrarium probatur in causa ecclesiæ, & aliis priuilegiatis, vt, scilicet, prælationis ius aduersùs anteriores creditores in bonis debitoris postea quæsitis non habeant.*

11. *Fiscus, & mulier pari passu ambulant in causa taciti pignoris, & vnus aduersùs alterum priuilegio prælationis non vtitur. Et nec aduersùs personam aliam tacito pignore priuilegiatam, prælationis ius habent in postea quæsitis à debitore.*

12. *Si non constat de prioritate temporis inter mulierem & fiscum, dotis causa potior est, & præfertur fisco secundùm communem.*

13. *Et quid si similis quæstio inter fiscum & priuatum incidat, communes inuicem contraria referuntur. Resolutio ponitur nu. 17.*

14. & 15. *Cùm non constat de prioritate pignoris inter creditores non priuilegiatos, ius pignoris non confunditur, sed saluum ambobus manet, & qualiter.*

16. *Cùm duo apparent testamenta inter quæ de prioritate non constat, neutrum valet; & differentiæ ratio assignatur inter casum hunc duorum testamentorum, & duorum pignoris instrumentorum.*

17. & 18. *Si fiscus & priuatus in pignore concurrant, nec de prioritate constet, fisci causa potior non est, sed vt inter priuatos res agitur.*

19. & 20. *Explicatur Ord. lib. 3. titul. 91. in princ. & §. 1. & differentiæ ratio assignatur inter casus de quibus ibi.*
Iudiciale pignus apud nos quod fit per rei apprehensionem ex causa iudicati ad executionem

tionem sententiæ, præfertur conuentionali priori. d. nu. 19.

21. *Limitatur Ord. d. titul. 91. vt non procedat in incipientibus ab executione, & pignoris captura non præcedente sententia. Et nu. 24.*

22. *Latè disputatur; an prælationis ius competens posteriori creditori qui ad iudiciale pignus priùs peruenit, ex Ord. d. titul. 91. aduersùs fiscum anteriorem creditorem locum habeat. Et affirmatiuè resoluitur in num. seq.*

23. *Lex noua generalis priuilegiatas etiam personas comprehendit, quæ in casu, de quo in illa, priuilegiatæ specialiter non reperiuntur.*

Princeps, & fiscus eius priuilegio non gaudet in casibus à iure non expressis, d. num. 23. versic. Secundò.

24. & 25. *Respondetur ad fundamenta pro fisco allata in quæstione proposita.*

Princeps vi directiua legibus suis tenetur. & non coactiua, secundùm communem. d. nu. 25.

26. *Fiscus in debito ex causa primipilari mulieri præfertur anteriorem habenti hypothecam in bonis mariti, & in ipsis etiam rebus dotalibus; & etiam anteriori creditori ad iudiciale pignus priùs peruenienti, in terminis iuris Regij.*

27. *Pimipili munus hodie non est in vsu. Et quis olim primipilus diceretur.*

28. & 29. *Traditur, primipili munus, à thesaurarij generalis munere diuersum esse, & leges de primipilo loquentes, ad illum extendi non debere, nec ad alios rei fiscalis administratores, nec ad exercitus prouisores.*

30. *Assignatur specialitatis ratio ad exactionem debiti primipilaris contra mulierem in rebus dotalibus, & contra filium qui patris non fuit hæres.*

31. *Communes referuntur tradentes, principi, reipublicæ, ciuitati, & cuilibet loco pio, ac pijs causis, restitutionis beneficium competere, instar minorum. Et contrarium resoluitur in principe circà res, ac contractus earum, quæ ad proprium ipsius pertinent patrimonium.*

CAP. PRIMVM.

De Principis contractu.

1. Contractus celebrare, omnes regulariter iure possũt: tam enim quos ius gẽtium, quàm quos ciuile adinuenit, humanæ vitæ vsus, & commercij causa sunt introducti, quo vti, cuique permittitur, præterquám, quibus id ex causa prohibitũ reperitur; cuiusmodi sunt filiusfamil. ad mutuum, & donationes, minor sinè tutore, aut curatore suo, monachus, seruus, mulier coniugata, secundùm ius nostrum, prodigus, cui bonis est interdictum; & si qui alij similes sunt, de quibus inferiùs agemus. Omnes, ergo, quibus id prohibitum non reperitur, contrahere iure possunt.

Vnde, & Princeps cum subditis suis rectè contrahit, & ex contractu cum illis gesto illis obligatur, vt notant Anton. de Butr. Abb & alij communiter per tex. ibi in c. 1. de probat. Et est receptissima omnium conclusio quam etiam probat tex. in l. Cæsar ff de publican. & vectigal. l. bene à Zenone C. de quadrien. præscript. tradit Gom. 2. tom. c. 1. nu. 1. Matienz. in l. 3. titul. decim. gloss. 2. nu. 5. lib. 5. recopil. & Azeued. ibi, num 6. & 19. & in l. 1 d. titul. & lib. num. 18. Moil. in empor. iur. titul. 3. in præmiss. num. 63. cum duob. sequentib. 1. part. vbi plures refert, latè Peregrin. tract. de iur. fisc. lib. 1. titul. 3. á num. 44. & lib. 6. titul. 1. num. 8. cum sequentib. Bouadill. in politic. lib. 2. c. 16. num. 192. Mantic. de tacit. & ambig. conuention. lib 3. titul. 10. nu. 53. tom. 1. Cald. commentar. de empt & vendition. c. 18. nu. 6. & pluribus citatis Ludouic. Rodolfin. de absolut. princip. potest. c. 6. nu. 170. vbi latè prosequitur.

Nec de hoc aliquis dubitat, solaquè inter Doctor. controuersia est, an, non naturaliter tantùm, sed & ciuiliter obligetur; etenim communis

Doctor.

Doctor. assertio est in d.c.1. quam ibi testatur, & probat Dec.num.3. versic. Sed tamen, principem ex contractu suo naturalem tantùm contrahere obligationem, quæ iure gentium oritur, non ciuilem, quæ à legibus ciuilibus proficiscitur, quibus ille solutus est; quam sententiam, veriorem, & receptiorem esse, dixit Matienz. d. gloss. 2.nu.9. vbi, & numer. sequētib. latè defendit, post eum Lusitan. Rebell. de obligation.lib.1.quæst.8 num. 11.part.2. Addunt tamen, naturalem hanc obligationē, quæ cadit in principem, effectum actionis sortiri, qua conueniri possit, & obligari ad implementum contractus; quo moderamine quæstio hæc, verbalis magis quàm realis apparet, siquidem naturali obligationi quam in principe fatentur, ciuilis effectum attribuunt; quod pariformiter in pacto nudo principis tradit Exea de pact. fallent. 42. à nu.452. propter maximam seruandæ fidei exuberantiam, quæ in principe excellere debet, vt ibidem fusè per eum. Cæterùm, non solùm naturali, sed ciuili etiam obligatione ex contractu suo illum teneri, verior est opinio, quam probat Bald. in l. Princeps legibus.ff de legib. Gom.d. c.1.num.2.vbi ad idem citat Alberic. in l.1. ff. de offic. procurat. cæsar. sequitur Peregrin. d.lib.6.titul.1.nu.9. Molin.in tom. de contractib. disput. 261. num. final. & sibi placere, dixit Suarez de legib. lib. 3. c.35. num.22. quod declarat in num. sequenti, latissimè Mendoç. de pact.lib.1.c.5.nu. 6. & 12. & ferè per totum illud caput. Cuius sententiæ vera ratio, & principale fundamentum, quo contrarijs satisfit, est, quia princeps contrahendo, legibus ipsis suis, secundùm quas contractus ille determinatur, submittere se velle, cēsetur, idcircò quicquid aliàs legibus solutus dicatur, quod attinet ad contractus cum subditis suis, & non subditis gestos, non potest videri, aut considerari solutus illis; quibus, contrahendo se subdidit; conuenit ergo, vt illis, & ciuili obligatione ex illis orta teneatur ad prçstā dam contractus fidem (quod maximè decet principem) instar priuati, cuius in contractibus vice fungitur, vt in hac materia loquuntur Doctores.

3. Et, non tantùm contractum secum celebratum, sed etiam cū prçcessore suo gestum seruare tenetur princeps, vt notant Abb. & Dec. nu. 7. & communiter omnes per tex. ibi in d. c. 1. de probat. & pluribus citatis tradit Peregrin. d.lib.1. titul.3. nu.45. Petr.Surd. decis. 326. Causa, num 5. Mantic.d.titul.10.num.47.& 57. latè Menoch. cons. 264. Interrogatus, à nu.15.cum sequentib.vol.3. Matienz. d.l.3.gloss.2.nu.5.& final.vbi communem dicit, Cabed. decis. 75. num. 1. tom.2.Cald.in commentar.emption. & vendition. cap.26.nu.20. versicul. Postremò, vbi alios citat, & pluribus citatis Azeued. d.l.3. titul.10. num.7. & alijs relatis Rodolfin.d.c.6. de absoluta princip. potest. num. 195. vbi de communi etiam testatúr; quam limitat in nu. sequenti, vt non procedat in alienatione Regalium; cui successor stare non tenetur; de quo latè Peregrin. d.titul.3. num.70. cum sequentib. Matienz. d. l.3. gloss.7. & 14. Azeued.l.1.nu.7.cum sequentib. titul.10. lib.5. Molin. de Hispan. primogen.lib.1.c.3.num.17. & sequenti, & alter Molin.de iust. & iur. disp.25. versicul.Cùm autem, tom.1.& tom.3. disputat. 576. (quæ est prima illius tomi) num.8. Cabed.decis.40.à nu.9. 2.part.

Et prædicta cōmunis opinio procedit tam vbi successio fit per electionem, quàm per alium modum, & siue successor bonorum sit, siue solius digni-

dignitatis; semper enim præcessoris sui contractum seruare tenetur, quê sinè causa reuocare, non poterit, nec priuilegium per viam contractus elargitum, siue à se, siue à suo antecessore, vt ex sup. citatis constat, explicat Peregrin. d. titul. 3. num. 28. & duob. sequentib. qui diuersum censent, quãdo priuilegium gratioso, seu lucratiuo titulo princeps concesit; hoc enim liberè ab illo posse reuocari, sufficereque pro causa, ipsius animi motum, & quia ipse dedit, tradit cum pluribus ab eo citatis Peregrin. d. titul. 3. nu. 20. vbi de communi testatur, idem Peregrin. in tract. de fideicommiss. articul. 52. num. 132. & Mendoç. de pact. d. c. 5. num. 40. qui contrarium probat, asserens, nec priuilegium gratuito concessum, sinè causa posse â principe reuocari; quod sentit Barbos. noster in l. 1. part. 1. num. 6. in fin. ff. solut. matrimon.

4. Hoc autem sic accipiendum est, vt intelligatur de priuilegio quod in aliorum præiudicium non tendit; nam si eiusmodi sit, quanuis per viam contractus á principe concedatur secum contrahenti, & vt pars pretij ipsius contractus, non solùm reuocari liberè poterit, sed suis viribus non subsistet; cùm enim princeps ius alteri quæsitum, sinè causa auferre nequeat, nec, id in dubio velle, præsumatur, l. 2. §. meritò, & §. si quis à principe. ff. ne quid in loc. publ. l. nec auus. C. de emancipat. liberor. credẽdum non est; vt, dum cum alio contrahit certis adhibitis conditionibus priuilegij causa, alijs ad quos contractus non pertinet, in iure illis competente nocere velit. Nec iusta ad id causa censeri debet, proprium ipsius principis commodum, quod vertitur in contractu; non magis, quâm si propter commodum suum absque alia causa princeps rem subditi sui sibi auferret; quod non, principis, sed tyranni esset, qualis Iezabel illa, vxor Achab, Reg. 3 c. 21. Atque ita cautè accipienda sunt principum priuilegia secum contrahentibus, in ipsis contractibus elargita, vt eatenus censeantur concessa, quatenus aliorum iura non lædunt.

5. Ex quo infero, quòd priuilegia fori, quæ apud nos in Principalibus cõtractibus frequentissima sunt, circà ea demum sunt accipienda, quantumuis generalibus verbis concessa appareant, quæ ad res contractus ipsiùs pertinent; alioquin, si is qui cum Principe contraxit, ex alia causa alterum debitorem sibi esse, cõtendat, priuilegio fori ratione contractus sibi indulto vti non poterit, quo, illum contra ius fori ei competens, coram iudice contractus, cuius particeps non fuit, & cui vnquam nõ assensit, conuenire inuitum posit: id enim esset, priuilegio Principis vti contra ius alterius, siue legibus, siue legitimis conuentionibus quæsitum; quod non licet. Qua ratione idem dico econuersò, vt, si aliquis illum qui cum Principe contraxit, ex causa ad contractum cum Principe gestũ non pertinente conuenire velit, id coram iudice aliás cõpetente facere posit, priuilegio fori Principalis contractus non arctatus: idquè securiùs procedet, vbi debiti causa, & ius conueniendi ex illo competens, cõtractum cum Principe gestum tempore præcessisset: tunc enim, quasi ius iam illi legitimè acquisitum, & in persona illius radicatum, priuilegium sequẽs, absque vlla iusta causa tollere non valebit, iuxta Recentiorum nostrorum sententiam, secundùm quam, nullum ius, nec quod alicui legibus ciuilibus quæsitum fuit, potest á principe sinè causa cuiquam auferri, vt scripsi in præfation. commentar. l. 1.

C. de

C. de sacrosanct. eccles.

6. Quamuis autem communiter asseratur, quòd princeps contrahendo, vti priuatus censetur, id eò pertinet, vt quasi priuatus, conuentionibus suis obligetur; sunt enim specialia quædam quæ in contractibus cum principe celebratis reperiuntur; cuiusmodi est, vt omnes, bonæ fidei cõtractus naturam induant; quòd inferiùs trademus vbi de bonæ fidei, & stricti iuris contractibus sermo erit: vt rem sibi cum priuato communem posit etiam pro parte socij inuito illo vendere l. multùm. C. de com. rer. alienat. l. 1. C. de vendit. rer. fiscal. cum priuat. com. lib. 10. Duen. regul. 295. limit. 3. & 375 Peregrin de iur. fisc. lib. 6. titul. 4. num. 23. vt, si alienam rem vendat, aut titulo alio alienet, non posit illius dominus illam â possessore repetere, qui statim securus manet, domino rei aduersùs principem, seu eius fiscum actione intra quadriennium competente, l. bene â Zenone C. de quadrien. præscript. §. final. instit. de vsucapion. De quo latè Peregrin. d. titul. 4. â num. 15. cum sequẽtib. vbi, post citatos ab eo, ampliat, declarat, ac multis modis limitat, Cald. in commentar. de emption. & vendition. c. 12. ex nu. 23. cũ sequẽtib. latissimè Ioan. de Castill. lib. 2. controuersiar. cap. 5. vt coniugi donare posit, & econtrà, illa illi, l. penult. C. de donat. inter vir. & vxor. vt, si filiofamil. alicuius donet, vsusfructus patri non quæratur. l. cùm multa. C. de bon. quæ liber.

7. Et à contractu cum subdito gesto resilire ex causa potest, vt tradit Paul. in l. cotem ferro. §. 1 ff. de publican. & vectigal. & post alios Peregrin. d. tract. de iur. fisc. lib. 1. titul. 3. nu. 67. & lib. 5 titul. 2. num. 49. versicul. Item ex causa, & lib. 6 titul. 1. num. 13. Menoch. qui plures refert, de præsumpt. lib. 2 præsumpt. 10. num. 49. Ludouic. Rodolfin. de absolut. princip. potest. d. c. 6. nu. 199. prosequitur Cabed. decis. 75. ex nu. 3. tom. 2. Et an in dubio iusta causa in principe præsumatur, agit Rodolfin. loco citato ex nu. 203. vbi regulam affirmatiuè constituit, quam multifariam limitat, de quo per Menoch. d. præsumpt. 10. ex num. 52. vbi scripsit, veriorem, & receptiorem opinionem esse, in quã plurimos citat Authores, non pręsumi in principe iustam causam, quando facit aliquid eorum quæ sinè causa facere non potest.

Cùm verò causa ad rescisionem contractus, talis esse debeat, quę publicam vtilitatem inuoluat, secũdùm Paul. d. l. cotem ferro. §. 1. videtur, quòd circà hoc nulla in contractu principis cum subdito gesto specialitas versetur, cùm & priuatorum contractus, ex publicæ vtilitatis causa, quę priuatis commodis præferenda est, rescindere, & irritare princeps posit; qui & priuatorum res, publicæ vtilitatis causa auferre potest. l. item si verberatum. §. 1. versicul. item si fortè. ff. de rei vendicat. l. Lucius ff. de euictionib. de quo Pinel. in rubr. C. de rescind. vendit. 1. part c. 2. nu. 14. Cou. lib. 3. var. c. 14. nu. 8. Peregrin. d. lib. 5. tit. 2. nu. 49. vbi communem traditionem esse, ait, & de fideicõmiss. art. 52. nu. 128. Rodolfin. d. c. 6 num. 160. cum sequentib. & nos egimus sup. in tex. ibi, *Introducta bella*. Cæterùm, vt specialitas, quam in hoc Doctor. cõmuniter Principalibus cõtractibus attribuunt, salua maneat, causa iusta, ob quã princeps contractũ â se celebratũ reuocare posit, nõ solũ illa censenda est, quæ publicã vtilitatẽ concernit, sed etiã quæ priuatũ ipsius cõmodũ, dũmodò post cõtractũ superuenerit, vel tẽpore illius ignorata fuisset, vt ex Ias. cons. 1. nu. 3. vol. 1. cum alijs quos

B refert,

refert, explicat Peregrin. d. lib. 1. titul. 3 num 67. & lib. 6. titul 1. num. 13. eod. tract de iur fisc.

8. Speciale etiam est in principis contractu, tacitæ hypothecæ priuilegium, quam habet in rebus secum contrahentis, de quo latè per Peregrin. d. tract. de iur. fisc. lib. 6. titul. 6. ex nu. 1. cum sequētib. l 2. 3. & penult. C. de priuileg. fisc. l. 2. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahat. nam quod ibi priuilegium pignoris in fisco cautum legimus, in principe, & pro patrimonio illius etiam priuato æquè obtinet; quia hoc ab illo nō differt, præsertim hodie, cùm principes æraria distincta habere non soleant, vt aliud agens probat Barbos. in l. 1. 7. part. nu 10. in fin. & sequenti ff. solut. matrimon. Et generaliter, quodcunque priuilegium in fisco scriptum reperitur, ad principem, & coniugem eius pertinere, probat tex. in l. fiscus cùm in priuati, in fin ff. de iur. fisc. tradit Peregrin. d. titul. 6. nu. 4. etsi aliàs, fiscales res, & quas princeps, vti priuatus habet, non iure imperij, & dominatus, inter se differant, & quoad alia diuerso iure censeantur, vt tradit Peregrin. d. tract. de iur. fisc. lib. 1. tit. 1. nu. 6. & duob. sequētib.

Priuilegium autem hoc hypothecæ fisco competentis, contra anteriores creditores hypothecam etiam tacitam habentes in bonis debitoris, nō trahitur, iuxta communem quam refert, & sequitur Peregrin. d. titul. 6. nu. 16 nouissimè Castill. lib. 3. cōtrouers. c. 4. nu. 14. vbi contrarias in hoc Doctorum sententias adducit, & hanc communem refert; tametsi de iure Regio Castellæ contraria sit tenenda, vt ibi per eum. In quo mulieris hypotheca pro dote, pinguior reperitur, quę anterioribus creditoribus tacitam aliunde habentibus pręfertur, iuxta l. assiduis, secundùm gloss. & communem intellectū ad tex. ibi. C. qui potior. in pignor habeant. Couar. lib. 1. var. c. 7. num. 1. versicul Secunda conclusio, Ioan. Gutier. lib. 5. practic. quæst 99 nu. 4 & 5. Card. Mantic. de ambig. conuent. lib. 11 titul 25. nu. 4. tom. 1. & nu. sequenti contrarium in fisco probat, post alios Ioā. de Castill. d. c. 4 num 6. communem dicit, & sequitur Molin. Theolog. tom. de contractib. disput. 438. nu. 8.

In hoc tamen fisci, seu principis priuilegium excellit, quia in bonis à debitore quæsitis post contractū cum illo gestū, prioribus creditoribus generalem expressam habentibus præfertur, l. si is qui 28. ff. de iur. fisc. vbi Bart. & alij. Peregrin. d. lib. 6. tit. 6. nu. 15. Gutierr. d. quæst. 99. nu. 11. Barbos. d. 2. part. l. 1. nu. 12 & 16. in fin. Castill. d. c. 4. num. 19. Mantic. d. lib. 11. titul. 22. num. 29. in fin. de quo fusiùs per eundem d. titul. 25 ex nu 6. eod. lib. In qua specie, mulierem nō præferri anterioribus creditoribus, tenuit gloss. magna, sub dubio tamen, in d. l. assiduis, versic. Sed nunquid; & glossa tacita sequitur Gom. in l 53 Taur. n. 39. in fin. latè Castill. sententiam glossę probans, tam iure cōmuni, quàm Regio Castellæ d. c. 4. nu. 22. & sequenti. Secundùm quam, in specie ista fiscale priuilegiū, priuilegio dotis maius apparet, cùm econtrà, dotis priuilegiū, præstantius illo sit ad bona antea acquisita, quę anterioribus creditoribus hypotheca tacita subijciuntur, quibus mulier præfertur, iuxta d. l assiduis, cū cōmuni intellectu, nō fiscus, vt cum cōmuni & relatis ab eo, probat Peregrin. d. tit. 6. nu 16. Mantic d. tit. 25. nu 5 Castill. d. c. 4. nu 14.

9. Verùm, in bonis post dotem à marito quæsitis, mulierem præferri prioribus creditoribus, vt præfertur fiscus in bonis quæsitis post contractum cū illo gestū, contra gloss. in d. l. assiduis,

asiduis, probant Bald. & Salyc. ibi, nu.4. Mantic.d.lib.11.tit.26.nu.23. & alij quos referunt, & sequuntur Peregrin.d.tit.6.nu.17. Gutierr.d.quæst. 99.num.18. & Barbos d.l.1.part.2.nu. 17.in princip.qui communem testantur. Quam Rip.in l.priuilegia nu.31. ad ecclesiam extendit, vt in quæsitis per prȩlatum,anterioribus creditoribus præferatur,iuxta notat.per gloss. & Doctor.in c.ex literis.de pignorib. subscribit Peregrin. d.num.17.in fin. etiam ad causas alias priuilegiatas. Quibus tamen, in ampliatione hac non assentio; quod enim in fisci causa specialiter scriptum legimus in d. l. si is qui, contra ordinariam iuris regulam,secundùm quam, primus creditor generalem habens hypothecam, præfertur secundo etiam in bonis post vtriusque obligationem acquisitis, vt probat tex. optimus vbi Bart.notat in l final.ff. qui potior.in pignor.habeant. tradit Negusant. de pignorib.2.membr.5 partis, nu. 5. & latiùs num. 39. vbi sententiam hanc, communem, & veram esse, affirmat, quam post alios sequuntur Peregrin. d.titul.6 num.15. Barbos.d.2.part.l.1. nu 12.versic.Et confirmatur,& nu.16. in fin.Mantic.d.titul.25.nu.7.Castill. d.c.4.nu.18. hoc,inquã, priuilegium, quod expresè pro fisco scriptum legimus in d.l.si is qui, in dote accipere,arduum nõ puto,cùm dos,& fiscus in hac materia pari passu ambulent, vt à Nostris communiter asseritur, qui & dotis causam, fauorabiliorem esse,ducunt, propter priuilegium d.l. asiduis,quo fiscus non fruitur, vt ex communi sup.diximus.Præterea,maius est priuilegium,quod mulieri cõpetit ex d. l. asiduis, quàm quod in causa fisci scriptum legimus in d.l. si is qui; illo enim anterioribus creditoribus aufertur prioritatis ius quod plenè ac perfectè acquisitum habebant in bonis quæ debitor habebat antequám mulieri pro dote obligaretur; at verò priuilegio d.l.si is qui, non aufertur anterioribus creditoribus ius quæsitum; illi enim inspecto contractus tempore, in bonis postea á debitore acquisitis non habent ius aliquod hypothecæ, quæ non consistit in rebus alienis, & cùm acquiruntur post initam cum fisco obligationem, fiscus, & anterior creditor eodem temporis momento in ius hypothecæ concurrunt, in qua paritate concursus, prȩfertur fiscus ex speciali ipsius priuilegio,quo, apparet, non auferri priori creditori ius aliquod illi iam antea plenè ac perfectè acquisitum, quale est,quod mulier tollit priuilegio d. l. asiduis. Cui igitur competit quod est plus, mirum videri non debet,si competat & quod minus est in materia eadem, iuxta regul. cui licet, de regul. iur. lib.6.

10. Quod verò attinet ad ecclesiam, & priuilegiatas alias taciti pignoris causas, non ita tenendum puto; quibus enim taciti pignoris priuilegium datum duntaxat est absque aliquo prælationis iure aduersùs anteriores creditores, illo vti debent, & non alio; porrò, aliud est, ius, seu priuilegium taciti pignoris, aliud prælationis ius, seu priuilegium, quo vti non debent, quibus non hoc, sed illud duntaxat datum reperitur, ad exemplum fisci, & mulieris, quibus & hoc, & illud in supradictis casibus datum extat.

Et non obstat, quòd in pignore bonorum postea acquisitorum vterque pariter concurrit, priuilegiatus, scilicet, & non priuilegiatus creditor, vt sup. diximus; vnde, in pari causa, priuilegiatus videbatur præferendus; qua ratione contra Bart. & communem defendit Salycet.

 in l,

in l. licèt. C. qui potior. in pignor. habeant. num. 4. quòd primus, & secundus creditor quibus bona generaliter fuerant obligata, in postea quæsitis pariter concurrere debent, secutus gloss. magnam prope finem, in d. l. si is qui. ff. de iur. fic. & in l. idemque §. final. ff. qui potior. in pignor. habeant. Quæ tamen ratio nec communi sententiæ obstat, quæ potioribus nititur fundamentis; nec huic quam nunc defendimus in casu præsenti: respondetur enim, quòd, etsi, cùm res venit in dominium debitoris, pariter & eodem temporis momento ambobus obligata reperiatur, qui tamen priùs conuenit, potentius ius habet, siue, propter translatiuam fictionem, quam ad hoc considerat, & defendit Negusant. de pignorib. 5. part. 2. mẽb. nu. 40. Siue, quia in pari vtriusque ad pignus concursu, priori conuentioni, ad quã illud pertinet, condonari hoc meritò debuit, vt, qui prior fuit tẽpore, potior sit iure, iuxta iuris regul.

11. Cùm autem fiscus, & dos, in materia prælationis, speciale habeant priuilegium, vnus aduersùs aliũ priuilegio aliás sibi competente nõ vtitur, sed ad ius cõmune rediguntur l. 2. C. de priuileg. fisc. & cum Nouell. & Negusant. ab eo citatis tradit Barbos. d. l. 1. part. 6. nu. 15. Castill. d. lib. 3. c. 4. nu. 27. qui idem tradunt, quando vna mulier aduersùs aliam, dotem quoque repetentem contendit, vt inter eas seruetur regula. c. qui prior, de reg. iur. lib. 6 quod sequitur Mantic. d. lib. 11. titul. 26. num. 37 & limitat vt ibi, & in casu de quo ibid. per eum nu. 46. Vnde dicitur, quòd in hac materia pari passu ambulant fiscus, & mulier. Sed & aduersùs quemlibet alium priuilegiatum in taciti pignoris materia, non vtitur fiscus priuilegio prælationis quod habet in post quæsita, vt est casus in l. final. ff. qui potior. in pignor. habeant. vbi Bart. sic intelligit, idem Bart. in d. l. si is qui. ff. de iur. fisc. sequitur Negusant. d. 2. memb 5. part. nu. 42. versic. Adde tamen, Gutierr d. lib. 5. quæst. 99. nu. 12. & communiter Doctor. teste Peregrin. d. lib. 6 titul. 6. nu. 18. & post Barbos. eum citatis ab eo d. l. 1. part. 2. num. 22. versic. Similiter, & nu. sequenti, versic. Et ideo, tradit Castill. d. lib. 3. controuers. c. 4. nu. 24. & sequenti. Quo exemplo, idem æquè in dote probandum videtur, vt pro illa mulier, prælationis priuilegio non vtatur aduersùs anteriorem creditorem hypothecam tacitam priuilegio iuris habentem, vt tenet Barbos. d. l. 1. part. 6. nu. 2. in princ. vbi receptum asserit ex Bolognet. ibi nu. 205. tradit Castill. d. c. 4. nu. 10.

12. Quærunt verò Doctor. quando fiscus, & mulier à pari procedunt, & vnus non vtitur priuilegio suo aduersùs alterum, si inter eos de prioritate temporis non constat, quia fortè tam fiscalis quâm dotalis obligatio, eadem die contracta fuit, nec appareat, vtra prior, quis eorum præferatur: Et pro dote cõmunis est Doctor. resolutio in l. 1. ff. solut. matrimon. vbi Barb. 2. part. num. 21. in fin. & sequenti, sequitur Negus. de pignor. 2. part. 4. memb. num. 109. Couar. lib. 1. variar. c. 16. num 6. & cum Gregor. & Matienz. ab eo citatis Gutier. d. quæst. 99. nu. 15. Peregrin. commune dicens d. lib. 6. titul 6 num. 33. Molin. tom. de contractib. disput. 438. nu. 9. ad fin. Mantic. d. lib. 11. titul. 26. ex nu. 4. vbi opinionem hanc, veriorem & crebriorem esse, dixit. Qui præcipuè mouentur per regul. l. in ambiguis, pro dotibus ff. de regul. iur. secundùm quam, prærogatiua hæc, & dotale priuilegium multô magis, ac sinè controuersia aduersùs priuatum obtinebit, de quo latissimè per Barbos. d. 2. part. l. 1. num 1. cum sequentib.

13. Vbi

13. Vbi autem similis quæstio inciderit inter fiscum, & priuatum, maior est contentio inter Doctor. circà prælationem in pignore; de qua post alios Couar. d lib. 1. variar. cap. 16. ex num. 2. Et qui priuati causam defendunt, adducunt pro ea l. non puto. ff. de iur. fisc. ad quam variè respondent, qui contrariam sequuntur sententiam. In qua controuersia communes inuicem cōtrarias refert Barbos. d. 2. part. l 1. num. 13. qui num. 16. versicul. Vltimò ex d. l. non puto, cōtra fiscum concludit, nullum in proposito casu habere priuilegium, sed, quòd si illius, & priuati instrumenta concurrant, nec de prioritate constet, se inuicem impedient, & sic neutrum valebit, argum. eius quòd in simili dubio duorum testamentorum communi calculo traditur. Neguſ. verò d 4. membr. 2. part. nu. 118. magis veram, & communem opinionem, illam esse, putat, quam firmat Ias. ab eo citatus in d. l. 1. num. 37. ff. solut. matrimon. Videlicet, quòd cùm sumus in dubio, in causa onerosa, fiscus priuato præferatur, in lucratiua verò, priuatus fisco, sic intelligens d. l, non puto, vbi Cuman. nu. 11. sic intellexit; sequuntur alij, quos refert, & sequitur Couar. d. c. 16. nu. 1. & sequenti, vbi communem dicit ex alijs, Peregrin. d. lib. 6. titul. 6. num. 21. fisci causam indistinctè probat, & communem asserit, sequitur Mantic. d. lib. 11. titul. 25. num. 19. cum sequentib. vbi num. 22. cum citatis ab eo intelligit d. l. non puto, vt procedat, quando fiscus agit ex delicto alicuius ad pęnam, & hunc intellectum, rationabilem videri, scripsit.

14. Ego quidem circá præsentem articulum aduerto primò, quòd, cùm inter non priuilegiatos de prioritate temporis ambigitur, non par erit causa duorum instrumentorum, & duorum testamentorum, quicquid scripserit Barbos. noster quem in hoc, Virum aliàs doctissimum & maturò præditū iudicio, lapsum duco; etenim talis incertitudo hypothecas, & instrumenta in quibus continentur, nō vitiabit, quòminus creditores ex illis, tanquàm hypothecarij, alijs non hypothecarijs, vel posteriores hypothecas habentibus præferantur; quia quod ad hos attinet, apparet, priores illos esse, ex quo præferendi sunt, iuxta regul. Et, si inter ipsos inter quos incertitudo versatur, de iure pignoris contentio sit, si vnus rem pignoratam possideat, & ab altero conueniatur, qui possidet, præferendus est, tam, quia qui agit, cùm non doceat priorem se tempore, ab intentione sua repellendus erit, iuxta reg. l. actor C. de probat. l. qui accusare C. de edend. quàm quia in pari causa melior conditio est possidentis; & ita in casu isto tradidit Salyc. l. 2. num. 3. versicul. Ideò in hac quæstione. C. de priuileg. fis. Vbi verò neuter possidet, sed alter ex eis, à debitore, vel à tertio possessore, iure pignoris rem auocare contendit, non erit repellendus obiectione dictæ incertitudinis, quam demum creditor alius obijcere poterit, posteriorem se illo nō esse, contendens, & non alius rei pignoratæ possessor, cui de iure tertij opponere non licebit, iuxta regul. l. loci corpus §. competit ff. si seruit. vendic. Quòd si vterque creditor in rem pignoratam concurrat, & de prioritate pignoris inter eos non constet, adhuc non se impedient, sed vtilis ambobus manet hypotheca, vtriusque concursu, vt probat tex. in l. idemquè §. 1. ff. qui potior. in pignor. habeant.

15. Et tunc quidem dubitatio erit, an pro rata debiti concurrere vterque debeat in re pignorata, videlicet, si vni centum debeantur, &

alteri ducenta, & res pignorata centum valeat, an ducentorum creditor, in duabus rei partibus ius habeat, & alius in tertia, an quisque in dimidia; quod magis puto, tametsi Salyc. d.l. 2.num.3.pro rata debiti, vnumquemque admittat; cui ego assentirem, quando non iure pignoris, sed quasi creditores non hypotheoarij, vt ille sentit, in re pignorata concurrerent, tunc enim, quia nullum ius in re haberent, pro rata debiti concurrerent in illa, vt qui veniunt in tributum personalem actionem prætendentes, l. procuratoris. §. final. ff. de tributor. act. At veró in præsenti casu diuersa est ratio, dicimus enim, creditores, iure pignoris in re sibi pignorata cōcurrere; quod ius rem ipsam vtrique ęquè obstrinxit, vnde, quia non pro rata cuique res tenetur, sed vtrique æquè & in solidùm inspecta conuentione ex qua agunt, non pro rata debiti, sed pro iure quod in illa vnusquisque habet, concurrent in ea, quod ius quia ambobus ęquale est, vt dicimus, hypothecaria actione inter illos æqualiter res diuidetur in specie proposita. Atque ita apparet, pignoris constitutionem, propter prioritatis incertitudinem non vitiari, sed vel in toto, vel in parte saluam manere, in casu proposito.

16. Et non obstat argumentum de duobus testamentis, quo vsus est Barbos. quia dispar, ac longè diuersa ratio est; duo enim testamenta stare nequeunt, sed quod priùs factum est, necesse corruit posteriore valente; idcircò quando de prioritate inter illa non constat, cōmuni Doct. calculo in l. final. C. de edict. diu. Hadr. tollend. post gloss. ibi, traditum est, neutrum valere, de quo egimus in commentar. l. 1. C. de sacrosanct. eccles. 3. part. §. 2. quod merito ac summa cum ratione constitutum sic est, ne, si, alterutrum permanere, diceretur, eueniret, vt ex illo deuolueretur hæreditas, quod testator suprema solenni voluntate reuocauit. At verò instrumenta duo, aut plura de eiusdem rei pignoratione stare possunt, tametsi prior creditor sequentibus præferatur, quando de prioritate inter illos constat, & quando non constat, prodesse hoc debitori non debet, vt res libera maneat, quam pluribus obligauit, sed magis conuenit, ac iuri consentaneum est, vt res quę pluribus hypothecata validè est, hypothecæ iure omnibus teneatur.

17. Et hæc quidem ita procedunt, vbi inter personas non priuilegiatas contentio esset. Vbi verò inter fiscum, & priuatum contenderetur, quia fisci causa priuilegiata est, & multis iuris fauoribus aucta, pro illo in dubio iudicandum videtur, vt, quasì primus creditor præferatur, præsertim, quando agat ex proprio contractu, aut aliàs onerosam causam prætendat, iuxta Ias. sententiam in d.l.1. num.37. ff. solut. matrimon. quam communem dicunt, & sequuntur alij de quibus sup. Mihi tamen contraria opinio magis arridet, vt in hoc, in quo fiscus, priuilegiatus iure non reperitur, melioris conditionis non existat cum damno priuati, sed quando inter illum, ac priuatum de prioritate non constat, concurrat vterque in re pignorata, iuxta sup. dicta; receptum, namque, est, vt in ijs, in quibus fiscus, specialiter priuilegiatus iure non reperitur, priuilegio non vtatur aduersùs alios, sed ius commune seruetur, iuxta notat. per gloss. in l. item veniunt §. in priuatorum, verb. in publica ff. de petition. hæreditat. & in l.1. verb. pertinet, C. eod. Ias. in l. 1. num.7. versicul. Limita. C. de edend. Boss. in titul. de fisc.

& pri-

& priuileg.eius,nu.67. Peregrin eod. tract.lib.6.titul.1. nu.1. cũ sequentib. Surd.cons.199.nu.7.vol.2.

18. Et non obstat communis sententia,quæ probationis onere grauat priuatum de prioritate temporis cũ fisco contendentem, ad terminos l.1. C.de iur.fisc. lib.10. quod vt speciale fisci priuilegium per tex. ibi, notarunt Gloss.Bart.& Platea,& alij citati à Barbos. d. 2. part. l.1. num. 13. in princip. nam,præterquám,quòd tex. ille alios ab alijs contra tenentibus patitur intellectus, dicendum est, quòd casus, de quo ibi, diuersus est ab isto de quo agimus, vnde non erit ad hunc extendendum priuilegium in illo concessum, quod Barbos. ad terminos illius tex. erudité restringit d. 2. part. l.1. num.19. versicul. Vnde meliùs.

19. Hæc autem quæ de temporis prærogatiua in pignoribus iure traduntur, iure nostro non obtinent contra iudicialem pignorum capturam virtute sẽtẽtiæ factam; etenim, ex lege Regia lib.3.titul.91.in princip. & §. 1. posterior creditor qui ad illam priùs peruenit, quanuis antea in re capta nullum ius reale habuisset, anterioribus qui ius hypothecæ habebant, præfertur, præterquâm, si anterior creditor impeditus legitimè fuit, quòminus ad iudicialem pignorationem peruenire priùs potuisset. Legitimum autem & arctum impedimentum in priore creditore post adeptam sententiam lex requirit, vt à posteriore sententiam suam priùs exequente non præferatur; cùm tamen, vbi loquitur de creditoribus ante sententias obtentas, non ita priorem arctet, sed contenta sit, vt ille posteriori priùs sententiam obtinenti, & exequenti præferatur, quód liti motæ inter posteriorem creditorem, & debitorem se opponat, protesteturquè, saluum sibi mansurum prioritatis ius sibi competens; & hoc si in loco iudicij versetur; absens, namque, vel iustam ignorantiæ illius causam habens, nullum iuris sui periculum subit; quod vtique patietur, quando post adeptam sententiam, illius executione prętermissa absfuerit, & interim posterior creditor sententiam, ante, vel post adeptam exequatur; hoc enim casu absentia, & protestatione pro iure suo interposita non excusabitur ille, in quo lex requirit legitimum, & vrgens impedimentum propter quod sententiam suam exequi non potuisset. Et differentiæ ratio inter vnum, & alterum casum est, quia ante sententiam, imputari creditori, non potest, pignorationis iudicialis omissio, ad quam sinè sententia perueniri nequit, & eam posterior creditor priùs forsan adipiscetur, vel propter celeriorem litis cursum, vel proximiorem diei aduentum; vnde oppositionis, & protestationis remedio peropportunè illi prouidetur, cui negligentia nequit imputari in executione sententiæ quam nondum habet. At verò, post illam adeptam, negligens apparet, qui exequi non properat; idcircò si à posteriore alio præuentus in illa sit, cadet iure suo, prçterquàm si de impedimento doceat, quo à negligentia in exequendo excusetur.

20. Quia verò Ord. d. titul. 91. tam in princip. quàm in d. §. 1. prælationem de qua ibi iudicialibus pignoribus tribuit, quæ constituuntur per immissionem in possessionem iudicis decreto ex causa iudicati, vt explicat gloss. 1. in l. 2. C. qui potior. in pignor. habeant. & in l. 2. C. de prętor. pignor. Neguſ. de pignorib. 3. membr. 3. part. num. 1. & apud

nos per nudam rei apprehensionem ab apparitore, iudicis iussu factam, ex causa iudicati, in executionem illius, sequitur, quòd in hoc demum iudiciali pignore, in quo loquitur, erit accipienda, & non in alijs bonorum immissionibus, seu pignoribus, tàmetsi iudicis iussu, ac decreto fiant: quia Ord. nostra, iuris communis correctoria est, iuxta quod, iudiciali pignori non plus tribuitur quàm cõuentionali, sed illius vicem subit l. 1. C. si in caus. iudicat. pign. capt. sit, idcircò inter iudiciale, & conuentionale, prioritatis ius seruandum erit; quod de iure nostro secus est, quo, iudiciale posterius anteriori conuentionali præfertur, vt dictum est. Atque ita, cùm lex nostra, iuris communis correctoria sit, in alijs, quám iudicialibus pignoribus, in quibus determinatè loquitur, accipienda non erit, nec extendenda, iuxta vulgares traditiones.

21. Quod adeò verum puto, vt, si nulla pręcedente sententia, ab executione incipiatur priuilegij causa, vt euenit in fiscalibus debitis, nec pignus iudicis iussu factum in bonis debitoris, nec executio inde procedens, aduersùs anteriorem priuati hypothecam, prælationis ius obtineat; quia Ord. tam in d. princip. quám in d. §. 1. expresse loquitur in pignore iudiciali quod fit pręcedente sententia creditoris, & virtute illius; vnde, etsi iudiciale pignus detur, quod tamen absque sententia inductum fuit, quia in illo cessant verba legis, cessare quoque debet illius dispositio, & quia correctoria iuris est, de casu ad casum nõ erit extendenda. Confirmatur hæc sententia ex ea quam tradit, & eruditè comprobat Lusitan. noster Mend. à Castr. in practic. Lusitan. lib. 3. c. 21. nu. 63. cum sequenti, vbi de prædicta leg Regia luculenter agit ex num. 58. quam, vltra alias limitationes, d. num. 63. limitat, vt locum non habeat in creditore qui priùs ad sententiam peruenit per confessionem partis; is enim in executione illius, prælationis priuilegio de quo ibi non potietur; & ita à Senatoribus nostris non semel iudicatum fuisse, refert, quos, ait, præcipuè ex eo motos fuisse, quia sententia de præcepto, quæ, inquam, ex partis confessione oritur, propriè sententia non est, nec fertur in contradictorio iudicio; quod verba legis requirunt; quæ vtraque ratio magis id euincit in casu nostro, in quo nulla adest sententia, nec processus vnde illa oriatur, sed priuilegij causa ab executione incipitur. Nec fisci fauor mouet in contrarium; quia, si ad ius commune respicimus, priuilegium non habet, vt pignoris iudicialis virtute anterioribus creditoribus præferatur; si ad nostrum, verba legis illum excludunt, quando absque sententia debitum suum exequitur; sed & ipsius legis ratio illum remouet, quæ nititur in negligentia creditoris, sinentis posteriorem, ad iudiciale pignus priùs venire, vt expendimus, sup. qua negligentiæ nota culpandus non est creditor anterior, quando posterior, virtute priuilegij sibi competentis, incipit ab executione.

22. Nunc è diuersò quærendum est, an d. Ord. locum sibi vendicet contra fiscum, quia fortè priuatus creditor sententiam obtinuit contra anteriorem fisci debitorem, ex qua ad iudiciale pignus peruenit in bonis antea fisco obligatis; quę quidem quæstio, dubia magis est, quàm præcedens; in qua cõtrarias Senatus sententias refert Mendes d. cap. 21. nu. 71. Et in ea videtur, quòd fisco, qui prior est creditor, posterioris iudiciale pignus nõ præferatur, quod obiter sensit Barbos. in l. 1. 6. part. num. 24. versicul.

versicul. Et ideo. ff. solut. matrimon. vbi scripsit, quòd licèt Ord. nostra multa circà prælationem creditorũ innouauerit, limitanda tamen est, vt nõ procedat in priuilegio quod fisco competit in casu l. pecunia. C. de priuileg. fisc. quod pertinet ad casum leg. Regiæ d. titul. 91 in princ. Idemque pariter in dote tradidit Barbos. ibid. de quo Mend. d. cap. 21. nu. 66. pro qua sententia facit, quia fisci priuilegium in hypothecis, magnum est, qui, & prioribus creditoribus hypothecam generalem habentibus in post quæsitis præfertur, per l. si is qui ff. de iur. fisc. cum Bart. & communi ibi secundùm Gutierr. practicar. lib. 5. quęst. 99 num 11. quod sup. tradidimus. Videtur ergo, quòd fiscum ita ab antiquo priuilegiatum in hac eadem materia, generalis dispositio nostrę legis non comprehendat in damnum illius, iuxta doctrinam gloss. 1. in l. 3. C. de silentiar. lib. 12. & quia lex noua generalis speciales casus legis antiquæ non comprehendat l. in cõtractibus, versic His scilicet, C de non numer. pecun. Præterea, fiscus quando priuilegio suo vtens iudiciale pignus præuenit, non fruitur prælatio, nis iure lege Regia inducto, aduersùs anteriores creditores, vt in quæstione præmissa resoluimus; videtur ergo, quód posterior creditor, aduersùs fiscum priorem iure illo non fruatur, quo ille, non fruitur aduersùs anteriorem, ne deterioris conditionis, quàm priuatus, fiscus reperiatur. Deinde, si verba legis spectemus d. titul. 91. tam in princip. quàm in d. §. 1. in priuatis creditoribus, & de prælatione inter eos loquuntur; semper enim verba legis de illis sunt, qui, sententia præcedente debitum suum exequi, contendunt; quod fisco non ita conuenit, qui non solet debitores suos ordinariò conuenire, sed absque sententia, & executiuè, quod sibi debetur, exigere, priuilegio suo vtens. Cùm ergo Ord. verba fiscum non comprehendant, nec illi prout in plurimùm conueniant, non debet, ex dispositione illius, in iure aliàs sibi competente lædi. Denique, priuilegium l. pecunia C. de priuileg. fisc. pro fisco stringit in quæstione pręsenti; si enim fiscus pecuniam à debitore suo posteriori creditori solutam & ab eo bona fide consumptam repetere ab illo potest, si debitor non habeat vnde fisco satisfieri possit, iuxta d. l. pecunia, & l. deferre §. final. ff. de iur. fisc. quod sinè controuersia in fisco procedit, secundùm Couar. practicar. c. 29. in princ. Gutierr. lib. 5. pract. quæst. 100. num. 1. qui agunt, an idem obtineat in creditore alio priuilegiato, videtur, quod multò magis fiscus anterior creditor posteriorem cui nondum pecunia soluta est, repellere possit, tametsi ad bonorum capturam priùs peruenerit. Et additur, quòd lex à Rege lata est, cuius est fiscus, & persona loquentis, in dispositione sua non includitur l. inquisitio. C. de solut. vbi notatur, Gozadin. cons. 76. num. 14. & cons. 101. num. 20. Ruin. cons. 137. num. 13. vol. 2. Surd. cons. 152. num. 45. vol. 2.

23. His tamen non obstantibus contrariam sententiam, probabiliorem duco, quam tenet Mend. d. cap. 21. num. 71. versicul. Contrarium; pro qua considerari oportet, Principem, & fiscum eius, in casu de quo agimus, nec iure communi attento, nec nostro priuilegium aliquod habere; etenim, de iure communi speciale non est in fisco, vt posterior creditor virtute pignoris iudicialis illi non præferatur; siquidem & hoc priuatis commune est iure communi attento, vt tradidimus; vnde lex nostra, quæ generalis est, priuilegiatas etiam aliàs personas comprehendet, quę specialiter

liter priuilegiatę non sunt in casu quem statuit, iuxta regul. l. in fraudem §. final. in fin. ff. de militar. testament. Nec hic locum sibi vendicat, quod de lege noua generali diximus, vt speciales casus legis antiquæ non comprehendat, ex d. l. in contractibus, versicul. His scilicet; quia casus hic in fisco, lege aliqua antiqua specialis non erat, sed tam illi, quâm priuato communis.

Secundó pro eadem sententia facit, quia princeps, & fiscus eius, priuilegio non gaudet in casibus à iure nõ expresśis, vt notant omnes communiter cum Gloss. in l. item veniunt §. in priuatorum ff. de petition. hæreditat. cuius sup. meminimus; cùm ergo, nec iure communi, vt præmisimus, nec nostro, fiscus specialiter priuilegiatus reperiatur in prælatione aduersùs iudiciale pignus, in terminis legis Regiæ, secũdùm dispositionem illius, vt priuati, ita & fisci causa, qui in hoc priuilegiatus non reperitur, determinanda erit.

Tertiò, & vltimò facit, quia, fisco, qui ex pignore iudiciali pro debito suo facto, præcedente sententia, anteriori creditori in pignore conuentionali, iure communi non præfertur, hoc ius prælationis, ex iure nostro competere, dubitare, non licet, ne alioquin deterioris cõditionis, quàm priuatus, existat, & legis beneficio alijs indulto frui nequeat; cùm ergo, iure hoc prælationis, ex pignore iudiciali competente, fiscus aduersùs alios vti valeat, tanquàm lege comprehensum, æquum, & iustum est, iuxta l. 1. & per tot. ff. quod quisque iur. in alter. statuer. &c.

24. Et non obstant, sententia hac retenta, pro contraria adducta. Ad primum enim, responsum manet his, quæ pro sententia ista primo loco diximus. Ad secundum respondetur, quòd, etsi prælationis ius de quo in Ord. fisco non competat ex pignoris captura, quando absque sententia deuentum est ad illam, id tamen ius illi competit, quando præcedente sententia ad pignora deuenitur; requiritur enim à lege ad ius hoc inducendum, vt iudiciale pignus virtute sententiæ fiat, vt sup. expendimus; idcircó, nec fiscus, nec aliquis cui idem competat priuilegium in exactione debiti sui, prę́lationis ius lege Regia inductum prætendere poterit ex pignore iudiciali absque sententia constituto. Nec in hoc fiscus deterioris cõditionis reperitur, quâm priuatur, quasi beneficio legis non ita frequenter aduersùs creditores alios frui posśit, vt priuatus; etenim, & fiscales exactiones non raró sententia ritè lata præcedit, vt cùm ex delicto, ad bonorum condemnationem agitur, tunc enim, non executiuo, sed ordinario modo in causa proceditur, & condemnatoria sententia præcedere debet executionem. Sed & in ciuilibus, non raró etiam sententia captionem pignorum, & executionem præcedit; quanuis enim, speciali priuilegio, quod principi debetur, executiuè exigi posśit, debitor tamen, vel requisitis, vel aliás certioratus opponere se potest executioni, &, si quas habet, exceptiones obijcere, de quibus iudex competens cognoscit, ac super eis sententiam profert, quę postea executioni mandatur. In his, itaque, casibus, qui non rari sunt, communis apparet decisio Ord. d. titul. 91. secundùm verba illius, tam principi, quám priuato: nam, & priuatus, si sinè sententia captis pignoribus executionem prætendat priuilegio aliquo, prælationis iure de quo ibi non fruetur, sicuti nec princeps; & sentẽtia præcedente, iure illo gaudebit princeps, seu fiscus eius contra priua-

priuatum, sicut & priuatus contra illum. Atque ita, secundo, & tertio argumento quod de verbis legis erat, responsum his manet, posteriorquè hæc sententia verior apparet. Quæ multò magis aduersùs dotales, & priuilegiatas alias hypothecas, in quibus non ita militant, quæ pro fisco adduximus, retinenda erit. Ad priuilegium verò fisco competens ex d.l. pecunia, respondetur illud quidem, iure communi procedere, & etiam stante iure nostro Regio locum obtinebit, cùm pecunia ad posteriorem creditorem peruenit absque iudiciali exactione per pignoris capturam facta; hac enim intercedente, virtute illius, posterior creditor fisco præferendus erit etiam in pecunia nondum consumpta, propter ius Regium, quo ius hoc prælationis posteriori creditori ad iudiciale pignus priùs peruenienti indultum est contra priores hypothecam habentes; quod ius in fisco limitatum non legimus.

25. Quod autem addidimus de persona loquentis, dispositione sua non comprehendenda, procedit in dispositionibus particularibus, in quibus loquitur d.l. inquisitio, per quam illud notari solet; non in legalibus sanctionibus, quibus principes, & si latores illarum sint, subdi, non dedignantur l.digna vox.C.de legib. l.ex imperfecto.C.de testamēt. Quod vtique de ijs intelligitur, quæ ad morales pertinent actiones, cuiusmodi est præsens casus; quę enim ad delictorū coërctionem, punitionemquè pertinent, coactiua vi principem non ligant, tametsi & ad pænales leges seruandas directiuè teneatur; hac sic distinctione pro nunc obiter accepta in quęstione illa, quæ assidua, & anceps inter Scribentes est, an principes subijciantur legibus suis, ad intellectum l. princeps legibus ff. de legib. qua de re latè Mendoç. de pact. lib.1 c 5 per tot. nouissimé reuerend. Pater Francisc. Suar. de legib. lib.3 cap.35 per tot. vbi num 4. & sequentib. cōmunem sententiam profert, & probat cum D. Thom. 1. 2. quæst. 96. artic. 5. ad 3. & alijs ab eo citatis, tradentem, principem vi directiua suis legibus teneri; & quoad vim coactiuam non teneri, communem resolutionem esse, dicit, & probat ex nu. 15.

26. Est tamen vnus casus, in quo contra fiscum, iudicialis pignoris prętextu priùs facti non audietur creditor, videlicet, quando fiscale debitum ex primipilari causa procedit; qui casus, specialissimus in iure est, adeò, vt & in mulieris dote, ius pignoris & exactionis sibi vindicet contra mulierem ipsam, excussis tamen priùs bonis mariti, ac fideiussorum eius; de quo est casus in l. satis notū C.in quib. caus. pign. vel hypothec. tacitè contrahat. quem, specialissimū vocat ibi Bald. tradit Neguſ. de pignorib. 4 membr. 2. part. num. 109. versicul. Nec obstat, Couar. lib.1. variar.c.16.num 7. Peregrin. de iur. fisc. lib.6.titul.6 num.42. Mantic. de ambig. conuent. lib.11. titul. 18. num.9. tom. 1. & titul. 26. num. 8. eod. lib. Munnoz de ratiocin. administrat. c. 39.nu.10. Cui etiam primipilari debito specialissimum est, vt pro eo filij conueniri possint quanuis patris hęredes non extitissent. l. final. C. de primipil. lib. 12. & specialitates alias debiti ex causa primipili memorat Barbos. in 7. part. l 1.nu.1. ff. solut. matrimon. Quis autem, primipilns diceretur, & tantarum specialitatum rationem declarant Alc. in rubr. C. de primipil. lib.12. & de præsumpt. regul. 3 præsumpt. 41. ad fin. Couar. d.c 16. num.7. Mantic. d. titul 18 nu.10 & sequenti, Munnoz d. cap. 39. num. 10. Barbos.

Barbos. qui alios refert d. 7. part. l. 1. num 2. & 3. & num. 4. ampliat contra Socin. Iunior ibi nu. 261. vt etsi mulier matrimonium contraxisset, antequám maritus fieret primipilus, pro debito ex causa primipilari postea cōtracto, fiat exactio in bonis dotalibus, sequitur Peregrin. cum relatis ab eo d. titul. 6 num. 42. & sequenti. Limitant veró, vt hoc non procedat in bonis paraphernalibus vxoris, ex l. 1. C de priuileg fisc. sic intellecta á glos. ibi, Peregrin. d. num. 42. & alijs à Barbos. citatis d. num. 4. quos sequitur Munnoz de Escobar d. c. 39. nu. 11.

Cum ergo primipilare debitum, speciale ita sit, vt & anterioribus mulieris pro dote hypothecis, præferatur l. veritas. C. de primipil. lib. 12. & in ipsis etiam rebus dotalibus, seruata ordine d. l. satis notum, nimirùm, si dicamus, iudiciali pignori, in terminis legis nostræ, illud fore præferendum, non solùm quod à posteriore, sed etiam quod ab anteriore creditore, & expressam etiam conuentionalem hypothecam habente factum est.

27. An autem hodie primipili munus in vsu sit, in quo specialitates illi legibus attributæ practicari queant, tractat Barbos. d. l. 1. 2. part. num. penult. versicul. Et aduerte, post relatos ab eo ibi, & 7. part. eiusd. leg d. num. 3. ad fin. & in init. sequentis, vbi deliberandum reliquit circâ Angeli de hoc iudicium in l. 1. C. de priuileg. fisc. credentis, primipilare munus, legesquè de illo loquentes, in thesaurario principis generali intelligi, in cuius bursa omnes introitus principis sunt; & ait, quôd est maius principis officium; subscribunt Peregrin. d. num. 43. & alij ab eo ibi, & à Barbos. vbi sup. citati, post eos Mantic. d. titul. 18. num. 8. A quibus ego libenter dissentio, qui verius putem cum Paul. in d. l. 1. in princip. C. de priuileg. fisc. munus istud hodie non esse in vsu, quod diuersum longè est à munere Thesaurarij generalis, ac etiam á munere prouisoris exercitus; cui magis, primipili officium assimilare videbatur.

Erat enim primipilus, centurio decimę legionis, quæ cæteris præcellebat, vt tradit Liuius lib. 7. ab vrbe condit. Alc. in rubric. d. titul. de primipil. vbi ex Vegetio lib. 2. de re militar. cap. 8. refert, quod quatuor centurias, hoc est, quadringentos milites in prima acie gubernabat, illiquè militaris annona tribuebatur inter milites ordinis sui distribuenda, quod alijs citatis latiùs prosequitur Couar. d. c. 16. num. 7. Munnoz d. cap. 39. num. 10. vbi in versicul. Ego autem, rem hanc aliter ex partitarum legibus diffinit.

28. Vnde, quia talis annonæ administratio, seu distributio, quę circá maximam reipublicæ vtilitatem, ac etiam circà necessarium & commune bellantium pro republica subsidium versabatur, illi committebatur, qui ad tam præexcellentis centurionatus munus promouebatur, non, quia diues esset, & bonorū multorum possessor, sed quia virtute bellica munere illo condigna excellebat, & ita publicè expediebat, vt, qui alijs virtute bellica pręstabat, præstantissimo belli muneri præficeretur, euenire frequenter posset, vt is in primipilum foret eligendus, qui rei familiaris inopia præ alijs laboraret, quos animi magnitudine, & militari disciplina superaret; quod non rarò contingit, vt, qui in bello, sicut & in pace, magis proficiunt, & laborant, & laboribus suis magis conferunt in commune, minus recipiant de communi. Ex quo apparet, maximum, ac generalem principis thesaurarium, cum primipilo Romani exercitus nihil

com-

commune habere; hoc enim thesaurarij munus ad rem bellicam nō pertinet, ad quam, etsi pertineat prouisor exercitus, multùm tamen á primipilo distat; ille enim ad hoc demū assumitur, vt militares annonas, & pecunias apud se depositas, militibus diuidat, ac soluat pro stipendijs suis, nullā aliā in bellantes operā nauans, vt faciebat primipilus, cuius, in hoc, principaliter munus tendebat, & in consequētiam iniuncti muneris annonæ commissio, & distributio veniebat.

29. Ex quo apparet, ad generales regni, & principis thesaurarios, quæstores, & quoscunque alios rei fiscalis administratores. ac etiā exercitus prouisores, speciales leges de primipilo loquentes non pertinere, nec ad illos, quæ in primipilo specialiter traduntur, extendi debere, præsertim cùm exorbitātia valde sint, cuiusmodi est, vt filius pro patre teneatur, cuius non extitit hæres, vt anterior hypotheca dotalis primipilari debito cedat, & vt etiam dos ipsa mulieris illi subijciatur. Hæc ergo quæ ita exorbitantia sunt, in primipilo constituta, non sunt producenda in consequentias l. quod verò ff. de legib. tradit Munnoz d. c. 39. n. 10. vers. Ex quibus.

30. Præsertim, quòd, vltra quàm quòd munera sunt distincta, & inter se diuersa valde, vt ostēdimus, specialis quędā ratio in primipilo fuit, quæ cessat in alijs: ad alia enim munera, animi robur, & virtus bellica non requiritur; sed quia in pecuniarū custodia, & exbursatione illarū versantur, ad illa ij sunt deligendi, qui rei sibi tradendę securitatē præstare valeant, vel per bona sua, vel per idoneos fideiussores. At verò, ad primipilare munus, excellens animi virtus, res in bello præclarè gestæ, rei militaris peritia nō quæuis requirebatur: idcircó publicè expediebat, vt qui ita militaribus virtutibus excellebat, ad munus hoc assumeretur, tametsi pauper esset; & quia pauper erat, fideiussores annonę sibi tradendæ nō inueniret: quia veró ex parte altera, vtilitas publica exigebat, & necessarium erat, vt annona hæc, vnde milites viuerent, in tuto esset, peropportunè Principalibus decretis prouisum fuit, vt filius pro patre, & vxor in dote pro marito tenerentur; quasi, idonei hi pro illo fideiussores dati subintelligerētur, quorū memoria ille, ne ita sibi cōiunctas, ac charas personas, reddendę rationis damno innodaret, à mala annonæ sibi traditæ administratione, & dissipatione arceretur, sicut, & talium personarum amor & memoria, ad fortiter cùm hostibus dimicandum, bellatorū animos solet excitare.

31. Vltimô, inuestigandum est, an princeps, in cōtractibus suis, minoris iure fruatur, vt ita aduersùs illos ope restitutionis venire possit, vti minor? In qua quæstione affirmatiuè respondetur pro fisco, & principe, vt tradit Guido Pap. quæst. 302 Vtrum fiscus, vbi inquit, quòd, quicquid de iure sit, de stylo, & cōmuni obseruātia sic seruatur, tenet Mauric. de restit. in integr. c. 220. n. 2. & cōmunem esse traditionē, illam secutus scripsit Peregrin. de iur. fisc. lib. 6. tit. 2. nu. 10 quā distinguendo sequitur Sfortia Odd tractat. de restit. in integr. 1 part q 3. art. penult. & vlt & cōmunem sententiā pro fisco, vsu & stylo magis approbatā testatur d. art. penult. nu. 84. versic. Ego puto. Quæ comprobatur ex eo, quia respublica, & ciuitas quęlibet iure minoris vtitur, & restituitur l. Respublica C. ex quib. caus. maior. l. penult. C. de iur. Reipubl. lib. 11. & gloss. vbi obique, cōmunis secundùm Dec. cons. 42. nu. final. ad fin. Cald. in l. si curatorem, verb. minoribus, num. 61. C. de in integr. restit. minor. Sfortia Odd. qui plures refert communem dicentes, eamquè vt veriorem, & æquiorem

ſequitur, d. quæſt. 3. articul. 9. num. 61. verſicul. In contrarium. Si ergo reſpublica, & ciuitas, hoc iure vtuntur, quod etiam competit eccleſiæ c. 1. extr. de in integr. reſtit. & c. 1. eod. tit. lib. 6. & cuilibet alij loco pio, Abb. d. c. 1. col. penult. communem refert, & ſequitur Odd. d. quæſt 3. artic. 4. & 5. nu. 26. tenet Cald. d. verb. minoribus num. 63. qui nu. ſequenti, in pia cauſa idem ſcribit ex Coſt. in c. ſi pater 2. part. verb. ipſis pauperibus, num. 4. de teſtam. lib. 6 in qua communem quoque dicit eſſe opinionẽ nemine diſcrepante Odd. d. artic 5. num. 31. & in confraternitate Vlyſſiponenſi, de Sãcta Miſericordia, nuncupata idem probat Cabed. deciſ. 51. nu. 8 cum ſequentib. 1 part. vbi in fin. ſic in fauorem illius iudicatum fuiſſe, refert; & idem generaliter in alijs, ac in hoſpitalibus etiam quæ abſque Ordinarij authoritate erecta ſunt, probat Odd. contra alios per eum citatos d. q. 3. artic. 6. verſicul. Ego breuiter; ſi, inquam, reſpublica & ciuitas reſtitutionis iure fruuntur, videtur, non debere ius hoc negari principi, qui reipublicæ, & ciuitatis caput eſt, & dominus, ne melioris conditionis exiſtat inferius regni membrum, quám principale, & caput ipſius.

Cæterùm, res hæc difficultate non caret, ſiquidem, quod in eccleſia, & republica, ſpecialiter ſcriptum eſt, ad principem, eiusue fiſcũ, in quo priuilegium hoc iure ſcriptum non reperimus, extendendum de facili nõ eſt, quia princeps, & fiſcus priuilegium non habent, niſi vbi id in iure reperitur expreſſum, vt ſup. ſcripſimus. Pręſertim, quia, quod ad præſens attinet, maior erat ratio, in eccleſia, & ciuitate, vt iure minoris gauderent, quàm in principe; eccleſia, namque, & ciuitas, per rectores, & adminiſtratores ſuos gubernantur, nec veram aliquã ſuſtinent perſonam, qua actibus rerũ ad ſe pertinentium intereſſe, vel de illis ſcire, & cognoſcere poſsint; vnde ſumma ratio poſtulabat, vt inſtar minorum, qui per alias perſonas, curatores, nempe, ſuos gubernantur, reſtitutionis auxilio iuuarentur: quod generaliter in omnibus qui legitimi adminiſtratoris cõſilio reguntur, ſcripſit Paul. in l Marcellus, prope fin. ff. de fideiuſſorib. qua ratione, prodigo, & furioſo idem ius competit, ſecundùm eum ibi, vbi in furioſo, & prodigo, hoc cõmuniter teneri, dixit; in quibus idem probat Cald. d. verb. minoribus, n. 65 de quibus. Odd. qui cõtrarias in hoc ſententias diſtinctione componit d. 1. part. quæſt. 3. artic. 1. At verò in principe diuerſa eſt ratio; nã, etſi pluribus, ac maioribus regni negotijs intentus rei ſuæ, ac fiſci ſui cõtractibus perſonaliter adeſſe nõ poſsit, ſed per alios ad id electos miniſtros celebrẽtur, tamen antequàm perficiantur, de negotio circà rem ſuam gerendo per eosdẽ miniſtros certior fieri poteſt, vt iuxta placitũ illius, res terminetur, vel ab ea diſcedatur. Quarè, & ſi per fiſci, ſeu principis miniſtros ab illo ordinatos negotium geratur, non puto illi reſtitutionem concedendam fore, quãuis in caſu iſto cõcedi debere, teneat Odd. d. q. 3. art. penult. n. 84 putãs, eandẽ tunc rationẽ erga fiſcum, ac principẽ militare, quę erga cõmunitates quæ per adminiſtralores ſuos gubernãtur, quibus idcircò reſtitutio cõpetit inſtar minorũ, vt per eundẽ in articulis præcedẽtib. d. 3. part. Cùm tamen diſpar ratio ſit in principe, vt conſideramus. Prætereà, princeps, vt vir prudẽtiſsimus, tales adminiſtrationi rei ſuæ pręficere poteſt, per quos, vt per ſe ipsũ, res ſuę bene ac prudẽter gerantur, & adminiſtrentur; &, ſi ita idoneos non elegit, ſibi, qui è ſubditis ſuis quos vellet, eligere poſſet, impu-

imputare hoc debet; quod in ecclesia, & republica longè aliter se habet, quæ propriam personam non habet, qua & rebus suis superesse, & earum administratores ordinare possint.

Ex quibus, restitutionis auxilium illis impertitum, non videtur ad principem extendendum, tam propter diuersitatem rationis, quàm quia in illo non reperitur scriptum; & ita Doctores communiter determinare, scripsit Odd. d. 3. part. artic. vltim. nu. 90. Et hoc quidem in ijs intelligitur, quæ pertinent ad res Principis, & nō ad Imperij, seu coronæ iura; ad hæc enim, læsione interueniente, competit restitutio, & iure minoris vtitur Princeps, vt tradit Lucas in l. cubicularios. C. de præposit. sacr. cubicul. lib. 12. & Zasius illum secutus in l. princeps legibus, num. 6. ff. de legib. quos refert eadem vtens distinctione Cald. d. verb. minoribus num. 62. Odd. d. articul. vltim. nu. 91. post omnes Less. de iustit. & iur. lib. 2. c. 17. dubit. 9. num. 67. Nec id quidem per extentionem euenit; sed quia, quod in republica scribitur, verè, ac secundùm propriam & strictam significationem principatui conuenit; nec enim reipublicæ appellatione, minus propriè Lusitana Respublica venit, cùm eiuscemodi appellatio ad totum Regnū dirigitur, quàm Vlyssiponensis Respublica, cùm de illa intelligitur.

CAP. SECVNDI
SVMMARIA.

1. *Filiusfamil. regulariter omnem contractum gerere potest; testari verò non potest, nec de patris consensu. Et differentia ratio assignatur nu. 2.*

3. *Filiusfamilias ex mutuo ciuili & naturali obligatione tenetur; sed eliditur exceptione.*

4. *Traditur, exceptionem ex senatusconsulto Macedoniano competentem, in animæ iudicio filium non excusare; Velleiani verò exceptionem in eo quoque iudicio locum obtinere; & differentia ratio.*

5. *Macedoniani exceptio tantùm competit, quādo mutuum fit in pecunia numerata, & non in rebus alijs, præterquàm si fraus interueniat; qua interueniente, & aduersùs contractus alios datur exceptio.*

6. *Vt propter commissam fraudem Macedoniano senatusconsulto caussis alijs detur exceptio, is cum quo contractum est, fraudis conscius esse debet.*

7. *Leges de Macedoniano loquentes non habent locum in filio castrense peculium habente, aut quasi castrense, intra vires peculij.*

8. *Et sufficit, recepti mutui tempore peculium habere illi æquale, vt exceptione filius non audiatur, quanuis solutionis faciendæ tempore minus in peculio sit.*

9. *Tempus receptionis mutui attenditur, ad mutuum filio factum approbandum, vel improbandum ex senatusconsult. Macedoniano.*

10. *Leges de castrensi peculio loquentes ad efficacem filij obligationem ex causa mutui, ampliantur in filio aduentitia bona habente cum plena proprietate, & administratione eorum.*

11. *Profectitium etiam peculium à patre filio concessum vt cum illo negotietur, facit cessare senatusconsultum Macedonianum. Et quoad hoc differentia assignatur inter peculium istud, & alia.*

12. *Filius profectitium peculium à patre habens, accipiens mutuum extra causas peculiares non tenetur. Idem traditur in aduentitio à patre filio concesso, vsufructu penes ipsum patrem*

patrem manente.

Et quando filius dicatur, mutuum accipere extra causas peculiares, vt de mutuo non teneatur, nec pater de peculio. Et an in hoc ius nostrum discrepet à communi d. nu. 12. versic. Dicetur autem.

13. Concordatur tex. in l. penult. C. ad Macedon. cum l. item si filiusfamil §. quanquàm, versic. Interdum. ff. eod. titul.

14. Onus probandi, filium in peculiarem negotiationem accepisse mutuum, cui incumbat, traditur. Et intelligitur l. final. in fin C. ad Macedon.

Filius in peculiare negotium mutuum verè sumens, & postea in rem aliam malè consumens, non iuuatur Macedoniano d. nu. 14. in fin.

15. Filiusfamil. etiam si peculium habeat à patre concessum cum libera administratione, mutuam pecuniam alteri filiofamil. dare nequit. Et traditur differentia inter mutuum actiuum, & passiuum ab illo contractum. Donare item non potest; & cur, num. 16.

17. De castrensibus. & quasi castrensibus donare filius potest inconsulto patre. Item de aduentitijs quorum vsusfructus ipsius filij est, secundùm communem.

18. Filius donationis promissione collata in tempus quo sui iuris sit, efficaciter obligatur. Et cur ex mutuo quo locupletior factus est, non obligetur in tempus quo sui iuris sit.

19. & 20. Filiusfamil. voto non obligatur; ad quod gloss. ratio adducitur, & confutatur; & traditur, reddendi voti obligationem, iuris diuini esse. Et de magna vi d. nu 20.

21. Traditur, filium vouendi incapacem absolutè non esse, & potestatem quam pater habet ad vota illius irritanda, etiam in quadragenario, & vltra, durare, quandiu ille sub potestate patris existit.

22. Filiusfamil voto obligatur quando ex implemento illius nullum sequitur patri praeiudicium; vt si habet bona castrensia, seu quasi, & de illis voueat.

23. Idem si de aduentitijs vouet, quorum vsusfructus ipsius filij est.

24. Communis sententia probatur, quae tenet, filiumfamil. vouentem voti executione collata in tempus quo sui iuris sit, & habeat vnde soluat, voto obligari.

25. Traditur, vota personalia filijfamil. non posse à patre irritari, quamuis inde sequatur, patriae potestatis ius in persona illius minui, aut tolli, vt in voto religionis euenit; secus in seruo; & differentia ratio assignatur ibi in versicul. Et quod.

26. Seruus nec vnius diei peregrinationem inuito domino potest vouere. Filius verò voto peregrinationis etiam in terram sanctam obligatur patria potestate non obstante.

27. Declaratur, de quo voto intelligendus sit tex. in l. 2. versic. Voto. ff. de pollicitation. quatenus ait. filiumfamil. non obligari voto.

28. Vota filiorumfamil. post pubertatem emissa irritationi paternae non subiacent, vel enim ab initio valent, & irritari tunc nequeunt, vel, quando non valent, irritatione opus non est. Diuersum traditur in votis impuberum doli capacium, quae irritationi subiacent excepto solenni religionis voto.

29. Irritandi vota impuberum potestas an duret post pubertatem vouentis. Et an potestas irritandi vota filij, post liberationem illius à patria potestate.

30. Intelligitur tex in c. puella. 20. quaest 2.

31. & 32. Traditur, quando filius è patria potestate liberatus non teneatur adimplere votum, quod fecit sub illa constitutus. Et quòd votum legitimè irritatum ampliùs non reuiuiscit, & num. 33.

34. Vota impuberum à tutoribus irritari possunt; obijcitur difficultas, & soluitur.

35. Actio orta ex contractu à filiofamil. gesto super rem castrensis, aut quasi castrensis peculij, illi quaeritur, & non patri.

36. Et quid de actione orta ex contractu celebrato super aduentitio peculio, aut profectitio.

37. Agitur de interpretatione l. filiusfamil. 8. ff. de obligat. & action. & de ratione [illegible] tatis ad causas de quibus ibi, in quibus filio quaeritur actio iure illo Digestor.

38. Cuman. ratio adducitur, & confutatur. Et traditur, inquilino violenter deiecto non competere interdictum vnde vi ad rei detentionem recuperandam, sed dari iudicis officium.

39. Noua specialitatis ratio assignatur ob quam depositi, & commodati actiones iure Digestorum filio competerent.

40. Traditur specialitatis ratio ad actionem iniuriarum, & quod vi, aut clam. Et concordatur d. l. filiusfamil. ff. de obligat & action. cum l. Denique. §. 1 ff. quod vi, aut clam.

41. Re-

41. Recuperata à filio actione depositi, aut commodati, post patris obitum in iudicium deducta, ad iudicium familiæ erciscundæ pertinebant Digestorum iure. Et quid de quæsitis actione iniuriarum filio competente, nu. 42. & 43.

44. Pater attento iure Digestorum iniuriā filio factam remittere poterat filio inuito, præterquàm in aliquibus casibus; hodie verò non potest. Et cur sic, nu. 47.

45. Traditur ratio cur pater iniuriam filio factam remittere posset; & assignatur decidendi ratio ad tex. in l. sed si vnius. §. filiofamil. & in versicul. Interdum. ff. de iniur.

46. Traditur cur pater querelam inofficiosi testamenti filio competentem remittere non posset, ad intellectum tex. in l. Papinianus, in princ ff de inoffic. testament.

47. Traditur, non posse patrem iniuriam filio factam remittere secundùm ius nouum; & differentiæ ratio inter pristinum, & nouum.

48. Probatur communis tradens, filiumfamilias causam peculij castrensis in iudicio agere posse etiam absque patris consensu. Idem de quasi castrensi.

49. Filijfamil. in iudicio stare possunt absque patris consensu pro fructibus beneficij. Item aduocati, & studiorum magistri, pro mercede, & salario sibi debito.

50. An super aduentitijs in quibus pater non habet vsumfructum possit filius stare in iudicio absque illius consensu, opiniones inuicem contrariæ referuntur. Et an sufficiat, talem patris consensum expostfactò interuenire, nu. 51.

52. Bart. & communis sententia probatur, quæ tenet, filium super aduentitijs in quibus pater vsumfructum non habet, absque illius consensu in iudicio stare posse. Et respondetur ad tex. in c. final. de iudic. lib. 6. & nu. 54.

53. Intelligitur tex. in Auth. vt liceat matr. & auiæ, in princ. collat. 8.

54. Probatur, filium legitimam habere personam standi in iudicio, multùmquè ab illo differre seruum, qui in iudicio stare nunquam potest. nec vt alterius procurator, nec de consensu domini.

55. & 56. Intelligitur tex. in l final. §. necessitate. C. de bon. quæ liber. cum Bart. & communi.

57. Filius præparatoria iudiciorum absque patris consensu exercere potest, etiam stante opinione secundùm quam absque illo in iudicio agere non potest.

58. Filio minori 25. annis an, & quando, in iudicio curator ad litem sit dandus, iure communi, & Regio nostro.

59. Exercitium actionis super aduentitijs in quibus pater habet vsumfructum, ipsius patris est. Illo verò absente filius in iudicio actionem suo nomine mouere potest.

60. & 61. In quæstione, an pater absque filij consensu agere possit in iudicio pro aduentitijs, quorum vsusfructus ipsius est, communes inuicem contraria referuntur. Et quid senserit Bart. explicatur.

62. Probatur, filij consensum patri legitimo administratori necessarium regulariter non esse ad iudicium exercendum.

63. Limitatur in hæreditarijs actionibus, vbi hæreditas de vtriusque consensu est adita, sic intellecto tex. in l. final. §. vbi autem in vnū. C. de bon. quæ liber.

64. Actionis exercitium in profectitijs, patris est tam iure antiquo, quàm nouo.

65. Agitur de exercitio actionum quæ Digestorum iure filio competebant, de quibus in l. filiusfamil. 8 ff. de obligat & action & tamen illarum exercitium patris erat, præterquàm cùm abesset, & procurator eius.

66. Quid de exercitio actionum aliarum quæ filio non competebant, in patris absentia, ad intellectum l. si longius. §. si filiusfamil. ff. de iudic.

67. Filius agens in absentia patris actione orta ex contractu à se gesto cautionem præstare non tenetur, quam præstat agens ex contractu patris tanquàm coniuncta persona.

68. Agitur de intellectu tex. in d. §. si filiusfamil. quatenus ait, filium in patris absentia vtili iudicio agere, & nouè intelligitur in versic. Quarè.

69. Intelligitur tex. in l. Iulianus. ff. deposit. & tex. in l. in factum. ff. de action. in num. sequenti.

70. Traditur, actionem profectitiæ dotis, communem esse patris, & filiæ sub illius potestate constitutæ. Et quid de exercitio illius.

72. Barbos. opinio probatur, tradentis, filiam ad profectitiam dotem agentem in patris absentia, cautionem de rato præstare debere.

73. Alius traditur casus in quo sola filia admittitur ad profectitiæ dotis actionem, & exercitium illius, cùm, scilicet, pater suspecta vi-

vita est.

74. Pater propter malos vitæ mores partem profectitiæ dotis aliàs sibi competentem non perdit, sed solùm priuatur exercitio actionis in filiam translato.

75. Quando patri propter malos vitæ mores curatoris datione prouisum extat, non admittitur filia actionis exercitio, sed patris curator. Et intelligitur l. si cùm dotem. §. eo autem tempore. ff. solut matrimon. & nu. 76.

77. Pater ex filij contractu regulariter non tenetur. Fallit in causa peculij quod filius à patre habet.

78. Actio de peculio non dicitur, quasi proprium hoc actionis nomen sit. Et est actio in personam, non in rem, nu. 79.

80. Actio de peculio, natiua sit an datiua, traditur. Et quòd per eam tenetur pater ex filij contractu intra peculij vires, intelligendo de aduentitio. & profectitio.

81. Explicatur ratio cur pater ex filij contractu de peculio teneatur. Et an naturaliter simul ac ciuiliter teneatur, in num. sequenti.

83. Pater intra vires peculij tenetur deducto quod sibi debetur, filius verò insolidùm ex contractu à se gesto.

84. Qualiter, & quatenus in peculio aduentitiorum bonorum fiet executio pro debito ex contractu filij.

85. Quando pater filio peculium concessit in certum aliquod negotiationis genus, actioni de peculio contra eum locus non est, sed institoria quæ datur in solidùm.

86. Pater pro filij delicto de peculio non tenetur, nisi quatenus inde locupletius factum est peculium. Et quando locupletior quis factus dicatur; & qualiter hoc probetur, remissiuè, ibi in fin.

87. Pro delicto filij quo incidit in pœnam confiscationis bonorum, profectitium peculium non confiscatur, etiam si pater cum eo expressam donandi, & dissipandi potestatem concessisset.

Et quid econtrà, an propter delictum patris, profectitium peculium filij confiscetur, remissiuè ibi in versic. Quid verò. Et ibi de castrensi peculio, & aduentitio, quando filius deliquit.

88. Intelligitur l. etsi condemnatus, cum leg.

& 89. præcedente. ff de noxalib.

90. Actio de peculio quæ datur in patrem, aut dominũ, perpetua est quandiu durat patria, aut dominica potestas. Illa verò extincta, peculiaris actio intra annum vtilem perseuerat.

91. Adempto peculio absque dolo, actio de peculio contra patrem, aut dominũ qui ademit, statim extinguitur. Et quando ademptio sinè dolo censeatur facta, traditur.

92. Contra filium è potestate patria liberatum actio perpetua durat, gaudet tamen beneficio, ne teneatur vltra quàm facere potest.

93. Et in prædicto casu debet relinqui filio de bonis quæ habet vnde viuat. Et an hoc iuxta personæ qualitatem, in versicul. An verò.

94. Quæritur ratio, cur filius è potestate patris liberatus, pro contractu antea gesto non teneatur vltra quàm facere possit, & Bart. ratio adducitur; & confutatur nu 95.

Per emancipationem olim filius, alius homo videbatur, hodie non ita. d nu. 95.

96. Filius quocunque modo à patria potestate liberetur, vt putà, apud nos per matrimoniũ, gaudet priuilegio ne vltra quàm facere possit teneatur ex contractibus antea gestis.

Ratio quæ prætor moueri potuit in priuilegium illud explicatur d. nu. 96. versic. Rationem itaque.

97. Traditur prætoris edictum de priuilegio illo, locum habere in omnibus filij obligationibus ex contractibus ab illo antea gestis, non verò in obligationibus ex delicto, aut quasi delicto, aut quasi contractu.

98. Actio quod iussu, insolidùm est contra patrem, & quarè sic dicta, & quando contrahatur.

99. Differentia assignatur inter iussum, & mãdatum; & actio quod iussu, diuersa est ab actione mandati.

100. Iussus, & mandatum, in multis æquiparantur. Et qui cum alio contrahit de mandato alterius quod non ignoratur, quanuis procuratorium nomen non exprimatur, suo nomine non tenetur. Similiter nec filius cõtrahens iussu patris Limitatur in vtroque in nu. sequenti.

102. Agitur de institoria, & exercitoria actione; & in quo differant ab actione de peculio, & quod iussu, traditur.

Institor non tenetur, sed qui eum præposuit; magister verò nauis tenetur, & qui eum præposuit d. nu. 102. versicul. In eo tamen.

103. Agitur de tributoria actione, & in quibus differat ab actione de peculio, traditur, & numer. sequentib. vsque ad 106.

107. Agi-

107. *Agitur de actione de in rem verso, & eius ratio assignatur. & quod in extraneos non dirigitur, sed in patrem, aut dominum ex contractu filij; aut serui directò competit*

108. *Pater ex ciuili iure tenetur pro filio quem habet sub sua potestate ad decurionatus munus promoto tanquàm fideiussor illius, quādo illius promotioni non contradicit Et tria concurrunt specialia in hac patris obligatione quæ notantur in nu. sequenti.*

110. *Pro emancipato ad decurionatum assumpto non tenetur pater; & etiam hodie in multis differunt emancipati à suis.*

111. *Filiusfamil. fideiussor esse potest pro patre & pater pro illo, & dominus pro seruo suo.*

CAP. SECVNDVM.

De Filijsfamil. contractu.

CIrcà præsentem articulum quatuor sunt discutienda; Primum, an filiusfamil. contractus gerere possit; Secundum, cui competat actio orta ex contractu ab illo gesto; Tertium, ad quem actionis exercitium spectet; Quartò & vltimò videndum erit, quando pater teneatur ex filij contractu.

1. Quod ad primum attinet, nō ambigitur, filijfamil. personam, habilem regulariter esse ad contrahendū; de quo sunt tex. in l. tam ex contractibus ff. de iudic. l. si quis cum filiofamil. ff. de pecul. l. filiusfamil. 2. ff. de obligat. & action. l. si filiusfamil. 1. versicul. Is autem ff. ad Senat. consult. Maced. aliás, versicul. Iste est, sub l. si quis patremfamil. & per argumentū à speciali l. 1. & per tot. d. titul. ad Senat. consl. Macedon. & commune tradit Lusitanus Suar. à Ribeira in thesauro receptar. sentent. verb. Filiusfamil. num. 210. quem refert Ascan. Clemens de patr. potestat. c. 6. effect. 5. num. 2. Vnde, regula quam ponit Cardinal. Tulch. practic. conclus. iur. tom. 3. conclus. 362. sub lit. F. num. 1. quôd filiusfamilias sinè patris consensu contrahere nequit, & si contrahat contractus est nullus, accipienda est secundùm tex. quem allegat, in l. final. §. filijs autem C. de bon. quæ liber. in contractu alienationis bonorum, in quibus pater vsumfructum habet, quem filius sinè illius voluntate celebrare nequit ex ratione de qua ibi. Sola difficultas est in quærenda differentiæ ratione, ob quam filiusfamil. contractus gerere possit, testari verò nequeat, nec de parentis consensu l. qui in potestate ff. de testam. l. senium, in fin. C. qui testament. facer poss. vbi Bald. col. 2. rationem assignat, ob quam filiusfamilias testari nequeat, quam alij sequuntur, quorū ego memini in commentar. l. 1. C. de sacrosanct. eccles. 1. part. § 7.

2. Est autem ratio, quia filiusfamil. quandiu est in potestate patris, nec habet, nec habere potest bona, de quibus testari possit. Ex quo ad rationem contrahendi infert Gom. 2. tom. c. 1. num. 2. inquiens, esse, quia licèt filiusfamil. actualiter bona non habeat tempore contractus, habere potest deinceps, sui iuris factus, cùm contractus, in vitæ tempus celebrentur, & inter viuos; & saltem, quando bona postea non acquirat, persona manet obligata ex contractu. Quam Gom. rationem refert, & sequitur Sāchez de matrimon. lib. 6. disputat. 39. nu. 1. in fin. tom. 1.

Ego quidem, quod ad testandi prohibitionem attinet, rationem prędictam probaui, & explicui in d. commentar. d. § 7. Quam verò inde infert Gom. ad contrahendi potestatem, veram, & concludentem affirmans, & sequitur Sanchez, securam non puto; nam, & seruo conuenit, cui contrahendi facultas non competit, l. in personam, l. quod attinet ff. de regul. iur.

 l. serui

l. serui ff. de obligat. & act. l. 1. & 2. C. an seruus ex suo fact. de quo infra agemus; & tamen liber factus, acquirendi capax est. Quarè, pro ratione dicendum est, contrahendi potestatem, iure gentium vnicuique competere, quæ potestas filiofamil. ciuili iure adempta non reperitur, nec quidem sinè causa adimi potuit; nulla autem ratio esse potuit, vt homini libero, & integrum iudicium habenti, priuatũ cum alijs hominibus commercium interdiceretur, quod iuris gentium est, vt tradidimus sup ad tex. in verb. *Commercium*: In testamento verò longè diuersa alia ratio est, quia non tam iure proprio, quàm priuilegio legis, testandi facultas competit quibus id à lege datum est, vt tradidimus in præfation. d. l. 1. C. de sacrosanct. eccles. num. penult. & vltim. inter quos filiusfamil. non reperitur, quia bona non habebat, de quibus testari posset.

3. Excipitur verò á regula prædicta, mutui contractus, ex quo filius famil. efficaciter non obligatur opposita Senatusconsulti Macedoniani exceptione; oritur enim inde contra filium mutuum recipientem actio ciuilis, & naturalis, quæ exceptione eliditur l. 1. iuncta gloss. ibi, verb. petitio, quam Bart. ibid. & Paul. num. 3. & alij sequuntur ff. ad Senat. consul. Macedon. tradit Gom. 2. tom. c. 6. num. 2. n princ. & in l. 3. Taur. nu. 124. versic. Quid autem, Gutier. de iurament. confirmator. 1. part. c. 43. nu. 4. l. quia naturalis, eod. titul. cum leg. sequenti, vbi probatur, quòd talis exceptio etiã post sententiam condemnatoriam obijci potest, sicut illa quæ mulieri competit ex Senatusconsulto Velleiano. Huius autem exceptionis introducendæ ratio scribitur in d. l. 1. & in §. illud propriè, in fin. instit. quod cũ eo qui in alien. est potestat. Secundùm quam apparet, non filiorum fauore, sed fæneratorum odio introductam illam fuisse, vt ibi notat Bart. & probat tex. in l. sed si paterfamil. §. non solùm prope fin. eod. titul. Limitationes verò nonnullas ad regulam mutui tradit Ascanius de patr. potest. c. 6. effect. 5. ex nu 8.

4. Et quia in odium creditoris lex lata est, in animę iudicio debitorem non liberat, vt tradit Couar. in c. quanuis pactum 2. part. §. 3. num. 4. licèt Bart. in extrauagant. ad reprimendum, verb. denuntiationem, num. 12. contrarium sentiat, & teneat Abb. in c. quia plerique, quæst 8. num. 26. de immunitat. ecclesiar. Innoc. ibi secutus, Greg. in l. 4. titul. 1. part. 4. verb. No es, Gom. d. c. 6. num 2. vbi dicit commune, & d. l. 3 Taur. nu. 124. versicul. Quid autem, Azeued. in l. 2. tit. 3. lib. 5. num. 37. & in l. 22. titul. 11. nu. 1. eod. lib. Gutier. in Auth. sacramenta puberum, num. 83. & 84. C. si aduers. vendit. & de iuram. d. c. 44. nu. final. Molin. de iustit tom. 2. disputat. 301. num. 2. Less. de iust. & iur. lib. 2. c. 20. dub. 2. num 8. Quorum sententiam probo ad Senatusconsulti Velleiani exceptionem, in qua idem traditur; non verò ad exceptionem filio competentem ex Senatusconsulto Macedoniano; quia inter hanc, & illam differentiæ ratio constans est ad animæ iudicium; hæc, namque, vt diximus, non filiorum fauore, sed fæneratorum odio fuit introducta, qua etsi ab agendo in iudicio creditores repellantur, ipsi tamen qui mutuum receperunt, in animæ iudicio non liberantur, vt eleganter probat Couar. d. §. 3. num. 4 cuius opinionem sequitur Mench. de success. creat. §. 28. nu. 55. veriorem, & tutiorem propter animę periculum, dixit Ascan. d. effect. 5. nu. 13. & licèt priorem, valde probabilem videri, dixerit Rebell. de obligat.

2. part.

2. part. lib. 8. quæst. 1. sect. 2. num. 16. hanc tamen vt probabiliorem sequitur ibid. in versicul. Verisimilius, eamquè communem dicit ex Padill. post alios in l. cùm quis, num. 31. C de iur. & fact. ignorant. Velleiano verô Senatuscõsulto fragilitati muliebri prouisum fuit, l. 2. versic. verba itaque, ff. illo titul. cum alijs; quę quidem animi fragilitas mulieribus verè inest; mulierem enim fortem quis inueniet? Vnde, lex iusta in fragilitate muliebris sexus fundata, tanquám in veritate, & nõ in præsumptione fundata, in animæ quoque iudicio locũ sortitur.

5. *Hæc* autem Macedoniani exceptio tunc competit, quando mutuum fit in pecunia numerata, iuxta Senatusconsulti verba, sic intellecta à Iurisconsult. in l. sed Iulianus §. mutui datione, aliàs est sub l. item si filiusfamil. ff. illo titul. per quem Gloss. & Bart. ibi notant, pecuniæ appellationẽ, in stricta significatione, de numerata intelligi. Si verò res aliæ, quibus mutuum consistit, filiofamil. mutuo dentur, Senatusconsult. locum non habet, si fraus illi facta non sit, quæ euenit, cùm tales res mutuo dantur, vt illis distractis, filius qui recepit, pretio vtatur, vt in d. §. mutui datione, versicul. Sed si fraus. Et non solùm in mutuo aliarum rerũ, præterquàm pecuniæ numeratæ, sed & in alijs cõtractibus cum filio celebratis habita fide de pretio, interuenire fraus potest, qua cognita obstabit exceptio l. 3. alás 4. versicul. Quod ita, eod. titul.

Vnde, & in mandato, & fideiussione, quibus aliàs filiusfamil. efficaciter obligatur, & si in causam mutui alteri credendi, alicui mandet, & fideiubeat l. item si filiusfamil. eod. titul. similis fraus considerari potest, vt competat exceptio non solùm filio qui mandauit, ac fideiussit, sed & ei qui de mandato illius ab altero recepit, vt probat tex. in l. sed Iulianus, eod. titul. aliâs est versicul. sub d. l. item si filiusfamil. vbi ponitur huiusce fraudis exemplum, seu commentum.

6. In his autem casibus, vt propter fraudem Senatusconsulto commissam exceptio competat, non solùm ex parte filij, & eius qui de mandato illius mutuum accepit, fraus erit attendenda; quia fortè inter illos actum fuerat, vt hìc nomine illius mutuum reciperet, illi postea daturus, sed attendenda fraus erit etiam ex parte illius; qui virtute mandati, seu fideijussionis á filio interpositæ mutuum alteri dedit: si enim præmissæ fraudis conscius fuit, nocebit illi exceptio; si non fuit, non nocebit; quod insinuant tex. de hac fraude loquentes d. l. 3. versicul. Quod ita, d. l. item si filiusfamil. in versicul. Sed Iulianus, & in d. §. mutui datione; quibus, non solùm ex parte filij, sed ex parte etiam alterius cum illo contrahentis fraus consideratur, vt Senatusconsulto locus sit. Idem etiam comprobatur ex eo, quia, etsi mutuum ipsi filio daretur ab eo, qui, patremfamiliæ illum esse, credebat, non vana simplicitate deceptus, sed quia publicé talis videbatur, exceptione non sum mouebitur d. l. 3. & l. penult. ff. ad Macedon. l. 1. & 2. C. eod. nec id mirum quidem, Senatuscõsultum, namque, in odium creditoris decretum, vt diximus, cessare vtique debuit, odij causa cessante, quę planè cessat in ignorante fraudem, ac bona fide mutuum dante. Et denique, in oneroso contractu, qualis hìc agitur, fraus vnius ex contrahentibus nocere non solet alteri non participi illius l. 1. l. qui autem §. hoc edictum l. final. § si à socero ff. quę in fraud. creditor. l. penult. C. eod. titul. tradit Ias. post gloss. & alios

alios ibi, in §. item si quis in fraudem, num. 27 instit. de actionib.

7. Vltimò sciendum est, leges de Macedoniano locum non habere in filiofamil. peculium castrense habente; ille enim ex mutui receptione efficaciter obligatur vsque ad quantitatem peculij castrensis l. 1. § final. in fin cum leg. sequenti ff ad Senat. consult. Maced. vbi tex. ait, quòd filijfamil. in castrensi peculio, vice patrumfamil. funguntur; pro cuius ornatu gloss. ibi casus alios adducit in castrensi peculio speciales; quos in quasi castrensi æquè intelligit; æquiparantur enim iure nostro castrense, & quasi castrense peculium l. 1. § nec castrense, in princip. ff. de collat. bonor. l. final. C. de inofficios. testament. Quid autem castrense peculium sit, diffinit Pompon. Iurisconf. in l. castrense peculium ff. de castrens. pecul. de quo scripsimus in commentar. l. 1. C. de sacrosanct. eccles. 2. part. § 1. & de quasi castrensi, ad testamenti factionem, in 1. part. § 7.

8. Aduertendum verò est ad d. l. 2. ff. ad Maced. dum ait, vsque ad quantitatem castrensis peculij cessare Senatusconsult. quòd si tempore recepti mutui, castrense peculium, par illi erat, & solutionis faciendæ tempore impar existat, non iuuabitur filius Senatus auxilio, cuius decretum, eiusquè ratio cessat in casu isto. In primis enim, quòd ratio cesset, quæ scribitur in l. 1. ff. ad Macedon. cõstat, quia inspecto tempore celebrati contractus, quod inspici solet, l. Rutilia Polla, vbi notant Gloss. Bart. & alij ff. de contrahend. empt. sicut, & testamenti tempus attenditur ad cognoscendam testantis voluntatem, l. si ita legatum ff. de aur. & argent. legat. Mantic. de coniectur. vltimar. voluntat. lib. 3. titul. 11. num. 1. & sequent. filius in peculio habebat vnde mutuum integré soluere posset absque vllo parentis præiudicio, & suspicione de captanda illius morte. Deinde, verba quoque Senatus cessant, inspecto contractus tempore, quo attento, filius vsque ad quantitatem castrensis peculij, iuris censura pro patrefamil. reputatur d. l. 2. illo titul. cum alijs. Vnde, qui cum illo contraxit, qui vice patrisfamiliæ fungebatur, secundùm iuris dispositionem, Macedoniano Senatusconsulto in posterùm subiectus manere non debet; cùm, etsi cum illo contrahat, quem, cùm filiusfamiliæ verè sit, patremfamil. esse, falsa opinione est arbitratus, non tamen ad id vana simplicitate deceptus, securè contrahat l. 3. eod. titul. cum alijs de quibus sup.

9. Econtrariò veró, si cùm filio mutuatur, castrense peculium non habebat, vel minus in illo habebat, quàm esset mutuatæ pecuniæ quantitas, & tempore solutioni destinato auctum ita sit, vt ex eo totũ mutuum solui possit, non ideo minus ab exactione totius, aut partis quæ mutui facti tempore non erat in peculio, repellendus erit creditor; quod & verba, & mens Senatusconsulti postulant; secundùm quæ, contractus tempus inspicitur ad approbandum, vel improbandum mutuum filio factum, ita vt, si tempore contractus paterfamil. reputabatur, siue iuris instituto propter castrense, aut quasi castrense peculium, siue, quia communi hominum opinione talis credebatur; quanuis postea filiusfamil. esse appareat, aduersùs eum competat actio ex mutuo d. l. 3. & penult. cum alijs: si verò tempore contractus, sub paterna potestate erat, verè, & putatiuè, etsi solutionis conuentæ tempore sui iuris existat, actio non detur l. 1 l. item si filiusfamil. § quanquàm, & l. final. ff. ad Macedon. Ord. nostra lib. 4. tit. 50. § 2.

§.2. Idquè, quanuis mutuum daretur solutione expresśim dilata in tempus quo sui iuris esset; & hìc enim, æquè mens, & verba legis locum sibi vendicant, longè aliter, ac in illo, qui, cùm incapax sit, in tempus capiendę hęreditatis instituitur hęres l. in tempus ff. de hæred. instituend.

10. Cùm autem nouiori iure, aduentitiorum bonorum dominium penes filium maneat, & aliquando etiam vsusfructus eorum, vt in casibus auth. excipitur, cum sequentib. C. de bon. quæ liber. & l. cùm multa, eod. titul. dubitari potest, an, si hodie filiusfamil. eiusce modi peculium habeat, cuius & vsusfructus, ipsius sit, ex mutuo efficaciter obligetur? Etenim, legis ratio, ęquè cessat in isto, ac in illo, qui castrense, aut quasi castrense peculium habet, quem, constat, ex mutuo efficaciter obligari, vt tradidimus, quia habet vnde soluat absque vllo parentis damno, suspicioneuè mala contra illum; quæ ratio æquè militat in illo qui habet peculium cum plena proprietate, & dominio illius, tametsi non sit castrense, aut quasi castrense, vnde mutuum soluere posśit. Atque ita, à cessante ratione legis, & quia eadem ratio est ad casum istum, quæ ad illum, idem in isto, quod in illo, tenendum videtur.

Nec, quod specialiter hoc in castrensi peculio scriptum est in d. l. 1. §. final. cum leg. sequenti ff. ad Macedon. & in l. final. in fin. C. eod. mouere in contrarium debet; quia leges ad ea adaptantur, quæ frequenter eueniunt, non quę perrarò l. nam ad ea ff. de legib. porrò, castrense peculiũ, cuius & proprietas, & vsusfructus cũ libera administratione, filij est, frequenter reperitur; de quo idcircò, frequens apud legislatores tractatus est; at verò aduentitiorum bonorũ proprietas penes filium, Digestorum iure nota non erat, quam Iustinian. introduxit; eius tamen non meminit in d. l. final. in qua de castrensibus loquitur idem Imper. ad excludendam exceptionem Senatusconsulti Macedoniani, vel quia constitutio, de bonis aduentitijs condita nondum erat, de qua in l. cùm oportet C. de bon. quæ liber. vel, si iam condita erat, quia non satis est, filium habere aduentitia bona, vt Senatusconsulti beneficio priuetur, sed eorum etiam vsumfructum habere debet; quod rarò euenit, idcircò de hoc legem non dixit Imperat. quam ad castrense peculium, quod frequens est, tulit in d. l. final C. ad Senat. consult. Maced.

11. Sed & profectitium peculium à patre filio concessum vt cum illo negotietur, cessare, facit, Senatusconsultum, vt probat tex. in l. sed Iulianus, aliàs, l. item si filiusfamil. § quanquàm, versicul. Interdum ff. ad Macedon. Ord. nostra lib. 4. titul. 50. §. 3. Quo posito, otiosa videtur in pręsentem articulum disputatio de singulis peculij speciebus, si quod in alijs, vt speciale inculcatur, & huic conuenit. Differentia tamen est, quia profectitium peculium non semper facit, Senatusconsultum cessare, sed tunc demum, cùm filius mutuas pecunias accipit ad exercendam peculiarem negotiationem á patre permissam, vt probat tex. in d. versicul. Interdum, qui siue de aduentitio, siue de profectitio peculio accipiatur, iure illo vtrumque, eiusdem iuris, & nominis erat. In alijs verò Senatusconsultum semper cessat, siue pater, filium negotiari, sciat, siue nesciat, & quanuis proponatur, quód in alias, quàm peculiares causas mutuum acceperit; quam differentiam, in castrensibus loquens insinuat Imperat. in d. l. final. & gloss. final. ibi C ad Macedon. Et differentiæ ratio est, quoniam profectitium peculium,

vt ibi: at verò tex. in dict. versicul. Interdum, loquitur in filio qui in rem peculiarem sibi à patre concessam mutuum sumpsit, quo casu, voluntate patris contractum intelligitur, vt dicitur ibi, idcirco, & ille de peculio, & filius de mutuo tenebitur cessante Senatusconsulto, iuxta tex. ibi.

14. Existimo autem, quod onus probandi, filium in peculiare negotium mutuum sumpsisse, creditori non incumbet, cui satis erit, probare, peculium filium habuisse, & cum eo negotiari solitum, quandiu è diuersó., in alias, quàm in peculiares causas, mutuum acceptum fuisse, non edoceatur. Nec, quod de præsumptione pro castrensi peculio scripsit Imperat. in leg. final. in fin. Cod. ad Senatuscons. Macedon. cõtrarium probat per argumentum á speciali; nam præsumptio de qua ibi loquitur, iuris, & de iure est, iuxta gloss. ibi. & in l. 2. ff. eod. tit. At verò, quam, in præsenti dicimus, stare pro creditore, eiusmodi non est, sed talis quæ probatione in contrarium, vel etiam validioribus alijs præsumptionibus, elidi, ac tolli posit, vt regulare aliás est, quòd vna præsumptio aliam minorem tollat leg. diuus ff. de in integr. restitut. leg. non solùm ff. de rit. nuptiar. cap. transmissę, qui filij sint legitim. tradit Alc. de præsumpt. regul. 2. præsumption. 35. numero 2. Menoch. eod. tract. lib. 1. q. 30. Mascard. de probat. cõclus. 1224. per tot. vol. 3. Differẽtiæ ratio est, quia filius in castrẽsi peculio paterfamil. reputatur, d. l. 2. d. l. final. idcircò, tanquàm in mutuo facto homini sui iuris; iuris cẽsura existimato, causa in quam acceperit non exquiritur; quod secus est in eo, qui cum peculio alio negotiatur; cuius qualitas illo haud quaquam immutatur. Quanuis verò constet, filium mutuum, quod in peculiare negotium verè sumpsit; in aliud malè consumpsisse, non erit Senatusconsulto iuuandus; ad quod, non consumpti, sed sumpti mutui tempus attenditur, id est, celebrati contractus tempus, vt sup. traditum extat.

15. Non solùm autem mutuum pasiuè contrahere filiusfamil. efficaciter nequit, de quo hactenus egimus, sed nec actiuè, mutuando alij filiofamil. quanuis peculium habeat cum libera administratione á patre concessa, leg. si filiusfamil. 1. & ibi gloss. verb. crediderit, aliás est sub leg. 3. ff. ad Senatusconsult. Macedonian. Sed est differentia inter actiuum, & pasiuum mutuum ab illo contractum, quia actiuum ab initio ipso iure non tenet, & ideo extantes nummi vendicari possunt, & consumpti, per condictionem sinè causa repeti, dict. leg. si filiusfamil. iuncta gloss. ibi, verb. vendicationem; at verò pasiuum mutuum filio factum ipso iure tenet, & mutuatę pecuniæ dominium perdit qui mutuo dedit, ita, vt nec extantem, nec consumptam condicere posit, leg. sed si pater §. hoc Senatusconsultum ff. illo titul. & ibi gloss. extantem, quia dominium eius non habet propter mutui naturam, quæ rem vnius, facit alterius; consumptam, quia actionem ex contractu ortam Senatusconsulti exceptio elidit, & ita quidem, vt nec in quantum locupletior ex mutuo factus est filius, aut pater eius, conueniri possint, propter odium agentis, vt probat tex. in d. §. hoc Senatusconsultum, & ibi gloss. verb. an extent.

16. Qua autem ratione filiusfamil,

mil. mutuum dare nequit alij filiofamil. nec etiam donationem facere potest quamuis liberam peculij administrationem habeat, quoniam, hoc, & illud, à Iurisconsult. perdere, existimatum est, vt de illo dicitur in dict. leg. 3. aliàs 4. ff ad Macedonian. & de hoc, in l. filiusfamil. ff. de donat. & pater qui liberam peculij administrationem concedit, non intelligitur concedere, vt perdat, idcircò filius, etsi maximè liberam peculij administrationem habeat concessam, donandi ius non habet d. l. filiusfamilias l. contra iuris §. si filius ff. de pact. Cùm verò donatio, quando debito modo, & debitis circunstantijs fit, liberalitatis virtus laudabilis sit, sicut & mutui datio, à Iurisconsult. nihilominus sub illo perditionis nomine, hæc in filio prohibita traduntur; nimirùm quidem, quià, etsi, donare, virtus sit, hac tamen virtute proprium minuitur patrimonium, &, si de alieno fit, absque domini voluntate, non virtus est, sed vitium. Vnde, quia peculium filij, sub patris dominio, & de patrimonio illius est, vt sup. tradidimus, de illo filius donare nequit absque parentis voluntate expressa, vel tacita, vt putà, ex personæ conditione, ac dignitate collecta, vt in d. l. filiusfamil. idquè quamuis aliàs illi libera à patre sit concessa peculij administratio, quia facultas donandi, illa non venit, vt ibi, & dict. leg. contra iuris §. filius. Ex quibus colligitur, in mandato, quantumcunque generali, cum libera & plenissima potestate emisso, ita vt mandato speciali aliàs æquipolleat, donandi facultatem non venire, vt post alios tradit Cald. in l. si curatorem, verb. sinè curatore, num. 120. C. de in integr. restit. minor.

17. De castrensibus autem, & quasi castrensibus bonis filius inconsulto patre donare potest, vt probat tex. in dict. leg. filius, in fin. Et quod ius idem, & potestatem habeat in aduentitijs, quorum vsusfructus ad ipsum pertineat, communis est assertio, & vera per tex. in leg. final. § filijs autem familias C. de bon. quæ liber. & in Authent. vt lic. matr. & auiæ, in princip. versicul. Res autem, collat. 8. quam tradit Couarr. in rubr. de testament. 3. part. numero nono, in fin. Clar. in §. donatio, quæstion. 6. numero secund. Ribeira in thesaur. receptar. sentent. verb. Filiusfamil, numer. 202. post eos Ascan. de patr. potestat, capit. sext. effect. decim. numero vndecimo. Azor institut. moral. libro vndecimo, capit. 3. de donationib. versicul. Porrò donare potest 3. part. & Nos in commentar. leg. 1. Cod. de sacrosanct. eccles. 1. part. §. 7. vbi communem quoque probamus, contrarium tradentem in donatione causa mortis, quę in hoc differt à donatione inter viuos, vt & in alijs; de quibus, ac de ratione differentiæ inter illas, scripsi in d. §. 7. ex numero 21.

18. Cùm verò constet, donationis inter viuos faciendæ potestatem adimi filio propter solum patris præiudicium, dubium erit, an obligetur ex pacto donandi collato in tempus quo sui iuris sit, & bona possideat, vnde, promissum reddere, valeat; cùm enim constet, ex omnibus contractibus illum regulariter obligari, præterquàm ex mutuo, in quo contrarium specialiter cautum reperitur, leg. 3. aliàs 4. versicul. Is autem ff. ad Macedonian. cum alijs, videtur, quòd ex prędicto donandi pacto, ac promissione obligetur, sicut & quilibet alius, per leg. si quis argentum

gentum

gentum §.fin autem hoc Cod.de donationib. quod enim prohibitum illi legitur, ne donare posit,de donatione illa intelligitur, quæ ab actu donandi incipit, in quo vertitur præiudicium patris circà peculium de quo fit largitio, quod cessat in illa quæ incipit à promissione in tempus habile collata. Quod tamen cautè sic est accipiendum, ne donationis velamento Senatusconsulto Macedoniano fraus fiat, dum, quod mutuo datur, in fraudem illius, donationis titulo mutuanti repromittatur. Nec mirum videri debet, filium sub patria potestate constitutum, ex mutuo quod recepit, quoquè locupletior factus fuit, nec sui iuris effectum teneri, ex donandi verò pacto, quo nihil illi aduenit, sed patrimonium illius minuitur, efficaciter obligari; nam ad recipiendum proniores sunt homines,quám ad donandum, & faciliùs ex mutui receptione, quám ex donatione obligantur; idcircò, in casu illo, qui frequens euenire posset, prouidere voluit Senatus, non in isto qui raró euenit; vt aliás, ad Velleianum Senatuscōsultum, quod mulieri succurrit intercedenti, & non donanti, considerat Vlpian. in l.sed si ego, in fin.ff. illo titul. Et denique, fæneratoris odium, quod Senatus decreto causam dedit, in pacto donandi non reperitur,in quo etiam, machinandæ, captandæue paternę mortis suspicio, considerabilis non ita est.

19. Voto quoque filiumfamilias non obligari,iure proditum est, in l. 2. versicul.Voto ff. de pollicitat. vbi gloss.verb. non obligantur, quęrens, cur filiusfamil. qui contractibus homini mortali obligatur leg. filiusfamilias 2.ff.de obligat. & action. cum alijs de quibus sup. Deo immortali non obligetur, respondet, id ex eo esse, quia cum Deo mitiùs agitur, quam gloss. rationem approbat Sanchez de matrimon. libro sexto, disputat. 39. numero primo, versicul. Sed cur, tom. 1. Et quidem verum est, quòd cum Deo mitiùs agitur quâm cum hominibus, iuxta illud Dauid. 2.Reg cap.vltim. *Melius est, vt incidam in manus Domini (multæ enim misericordiæ eius sunt) quàm in manus hominum*; cęterùm, ratio hæc, sufficiens non est, nec concludit, quippequì, idem euincit circà votum hominis sui iuris, vt ex eo non obligetur, quanuis hominibus ex contractu á se gesto obligetur; quod est absurdum, & multùm eneruat reddendi voti obligationem, quæ est è iure diuino, iuxta illud Deuteron. 23. *Cùm votum voueris* Domino Deo *tuo, non tardabis reddere, quia requiret illud* Dominus Deus *tuus: &, si moratus fueris, reputabitur tibi in peccatum*: Vnde Psalmograph. *Vouete*, inquit, *& reddite* Domino Deo *vestro*, Psalm. 75. reperitur in cap. magnæ deuotionis, extr. de vot. & vot. redempt. & Ecclesiastes 5. *Si quid vouisti* Deo, *ne moreris reddere: displicet enim ei infidelis, & stulta promissio: sed quodcunque voueris, redde; multòquè melius est, non vouere, quàm, post votum, promissa non reddere.* Et, de fide tenendum, quòd omne votum obliget ad sui obseruantiam, scripsit Aragon. super 2. 2. quæstion. 88.articul.3. colum. 2. in fin. & cum D.Thom. & Catholicorum omnium communi placito tradit Suar.de Religion. tom. 2. tractat. 6. lib.4. cap. 1. num. 2.

20. Et quidem, secundùm D. Thom. 2. 2. quæst. 89. articul. 8. maior est obligatio voti, quàm iuramenti, probat Sot. de iust. libro 8. quęst. 1. articul. octauo, sequuntur

multi teste Less. de iustit. & iur. libro 2. cap. 42. dubitat. 11. num. 52. & verissimum dixit Azor institution. moral. libro vndecimo, cap. 16 in princip. 1. part. probabilius dixit Sanch. in pręcepta Decalog. libro 3. cap. 9. numero 4. versicul. Quarè; quod in iuramento promissorio, non verò in assertorio sequitur Suar. dict. 2. tom. tractat. 5. libro 2. cap. 3. numer. 5. cum sequentib. vbi D. Thom. sententiam sic explicat, & eruditè probat pro more suo. Et denique, grauem esse voti obligationem ex suo genere probat idem Doctor dict. tractat. 6. lib. 4. cap. 3. nu. 1.

Ex quo apparet, maiorem obligandi vim habere, promissionem Deo factam, quàm quæ fit hominibus. Et reuera ita est, nam in promissione homini facta, nulla alia reperitur obligatio, quàm quę ex promissione ipsa & contractu oritur; in promissione autem quæ Deo fit, cum obligatione quæ ex promissione, ac fide data oritur, concurrit illa, qua Deo tenemur, quia Dominus est, & quia multa bona fecit nobis, ac facere non cessat; vnde D. Thom. 2. 2. quæst. 88. articul. 3. *Homo*, inquit, *maximè debet Deo fidelitatem, tum ratione dominij, tum ratione beneficij suscepti, ideò maximè obligatur homo ad hoc, quòd impleat vota Deo facta.* Denique, promissio Deo facta, eiusquè redditio, religionis actus est, non iustitiæ tantùm; & vtrumque ponit, & luculenter probat Suar. dict. libro quarto, cap. prim. num. septim. cum sequentib. qua ratione, maius esse peccatum, non seruare promissionem factam Deo, quàm factam homini, probat Aragon. dict. articul. 3. colum. 4. conclus. 1. Atque ita apparet, veram non esse gloss. rationem in d. l. 2. ff. de pollicitation. ad negandam voti obligationem in filiofamil. tametsi verissimum in se sit, mitiùs cum Deo agi, quâm cum hominibus; quod ad ineffabilem Dei clementiam pertinet, secundùm quam misertus nostri, debita nostra nobis dimittit multa & magna, liberaliùs quidem, quàm exigua, ac pauca ab hominibus inuicem dimittantur; vt in illo ostenditur, qui, cùm decem millia talenta, quæ debebat, à Domino ei misericorditer dimissa essent, vnum dę conseruis suis statim inueniens, pro centum denarijs sibi ab eo debitis tenebat, & suffocabat, dicens, *Redde quod debes*, nec precibus illius ante illum procidentis quoquo modo commotus est, sed misit in carcerem donec redderet debitum, Matth. 18.

21. Quarè, omissa ratione gloss. in d. l. 2. quærenda est alia, ob quam, filius sub patria potestate constitutus, ex voto ac promissione sua Deo non obligetur, qui ex conuentione cum hominibus celebrata illis efficaciter tenetur. Pro cuius explicatione inuestigandum priùs erit, quatenus verum sit, filium ex voto non obligari, non enim hoc, ita simpliciter & absolutè accipiendum est, vt in vniuersùm incapax vouendi reputetur; cùm, & seruus, quem dominica potestas magis arctat, quâm paterna filium, vt & in hac materia cernere est, aliquando ad redditionem voti teneatur, quando, nempe, tale est, quod dominicam potestatem nullatenus lædit; vt per Azor d. libro 11. cap. 18. versicul. Nonò quæritur, vbi commune tradit, Suar. d. 2. tom. tract. 6. lib 3. cap. 6. num. final. & pluribus citatis tradit Sanch. in Decalog. libro 4. cap. 36. num. 2. De eo autem filio hic intelligimus, qui, quod agit, intelligit, solùmquè, de validitate voti, quod

quod sciens prudensquè emisit, quæstio est, quia sub sacris paternis erat; quod quia cadere potest & in eum qui quadragenarius, & vltra est, & hic sub quæstione manet; etsi Viri docti non pauci (quod miror) citati à Sanch. de matrimon. dict. libro 6. disputat. 39. num. penult. vltra alios quos idem Author retulit super Decalog. lib. 4. cap. 35. num. 28. agentes de voto filij sub patria potestate constituti, ad vigesimum vsque quintum annum ætatis illius, à patre posse irritari, scripserint, quasì hac filij ætate potestas patria iure terminetur, quod pro constanti ponunt, cùm tamen id à dispositione iuris alienum sit, secundùm quam patria potestas certis modis à iure definitis extinguitur, vt in titul. institut. quib. mod. ius patriæ potestat. solu. latè Ascan. tractat. de patr. potestat. cap. vltim. Quibus iure nostro Regio additur matrimonium, quod & Regnorum aliorum speciali iure constitutum esse, & vbique ferè gentium, testatur probatę fidei author eruditissimus Azor institut. moral. libro 2. cap. 20. versicul. Vltima species, tom. 2. quo etiam in loco prosequitur casus quibus iure communi patria potestas soluitur, de quo item Rebell. noster de obligation. libro 1. quæst. 8. sect. 6. per tot. 2. part. & inter eos, temporis, ętatisue alicuius plenitudo non reperitur. Quarè, quadragenarium, & vltra, sub patria potestate posse manere, iure non ambigitur, vt cum gloss. communiter recepta in l. final. §. pupillus, verb. pupillus ff. de verbor. obligat. probat Sanchez d. disputat. 39. num. penult. inde inferens aduersùs citatos ab eo, quorum sententiam communem fatetur, posse patrem, filij sub sua potestate constituti vota realia in quacunque ætate emissa irritare, quod item probauit alios secutus ab eo relatos d. c. 35. num. 29.

22. Ad rem ergo deueniendo, dum quæritur, an ex voto filiusfamil. obligetur, distingui solet per Abb. & alios in cap. scripturę, num. 7. extr. de vot. & voti redempt. inter vota quæ iuri paterno præiudicium ferrent, si adimplerentur, & ea quæ nullo patribus nocumento sunt, vt illa non sustineantur, ista verò sic; & ita esse communem opinionem testatur Siluest. in summ. verb. votum 3. num. 6. quem retulit Ascan. d. tractat. cap. 6. effect. 5. num. 27. & similis distinctio adhibetur circà vota coniugum, & seruorum, vt constat ex Nauarr. in manual. cap. 12. num. 65. & sequenti, vbi communem dicit; Aragon. d. quæst. 88. articul. 8. Tolet. in summ. lib. 5. capit. 7. num. 13. latè Suar. dict. tractat. 6. libro 6. cap. 3. cum duob. sequentib. quanuis in vota vxoris latior potestas à plerisque marito tribuatur. Ex qua distinctione infertur, filiumfamil. castrensia bona, seu quasi castrensia habentem, posse de illis vouere, & vouendo efficaciter obligari, quia in his nullum ius patri quęritur, vt tradit Azor d. libro 11. cap. 18. versicul. Animaduertendum 1. tom. Frat. Eman. in summ. 2. part. cap. 91. conclus. 2. post Nauarr. d. cap. 12. num. 70. Petr. de Ledesma in summ. 2. part. tractat. 10. cap. 7. versic. Digo lo quinto, los padres, circa fin. illius versiculi, Suar. d. libro 3. cap. 7. num. final. & libro 6. capit. 5. num. 4. eod. tractat. vbi commune dicit, Thom. Sanch. in præcepta Decalog. lib. 4. cap. 35. quæst. 3. num. 23. vbi plures refert.

23. Qua ratione idem dico de aduentitijs, quorum vsusfructus ipsius filij sit; si enim de his homini donare potest, secundùm communem per tex. in l. final. §. filijs autem familias C. de

de bon. quæ liber. quam adduximus sup. & probauimus, multó magis, de illis Domino, cuius omnia sunt, & à quo accipimus quæ habemus, vouere filius poterit, & votum reddere, tenebitur.

24. Infertur etiam, quôd, etsi bona non habeat, de quibus vouere, & votum reddere possit, si tamen dare, aut facere aliquid voueat, executione collata in tempus quo sui iuris sit, & habeat, vnde soluat, votum tenebit executione dilata in tempus promissum, vt tenet Abb. d. cap. scripturæ, num. 7. in fin. & Nauarr. receptum ab omnibus dicens d. cap. 12. num. 66 in fin. Eman. d. 2. part. summ. cap. 90. conclus. decim. vbi etiam communem dicit; pro certo ponit Suar. d. lib. 6. cap. 5. num. 13. versicul. Considerandum. Quæ quidem, vt communis & vera, probanda est, quam confirmat regula l. in tempus ff. de hæredib. instituend. licèt alij dissentiant ab ea; quorum opinio tenenda erit in votis quæ superiorum irritationi subiacent, vel propter non perfectum animi vouentis iudicium, cuiusmodi sunt impuberum vota; vel propter propriæ voluntatis defectum, vt sunt religiosorum vota, qui voluntatem propriam à se abdicauerunt; & in his contrariæ opinionis fundamenta procedunt; sed in filiofamil. stabili iudicio, & propria voluntate vtente, quando, inquam, solùm propter parentis sub cuius potestate est præiudicium, votum illius irritari ab eo potest, contrariȩ opinionis fundamenta cessant, & communis est tenenda; quam sic probat Azor d. cap. 18. versicul. Octauò quæritur; qui in voto serui in tempus libertatis collato idem probat ibi in versicul. Vndecimò quæritur; & distinctionem eandem nouissimé probauit Sanch. in Decalog. lib. 4. cap. 29. num. 3. à contraria sententia discedens, quam antea secutus fuerat in tractat. de matrimon. lib. 9. disputat. 39. num. 16.

25. Infertur denique, personalibus votis filiumfamil. obligari; hęc enim ius patriæ potestatis vel nullatenus offendunt, cuiusmodi sunt vota castitatis, ieiunij, & certas aliquas orationes recitandi, quæ & in seruos cadunt: vel, si offendunt, saltem directò, & principaliter non offendunt, cuiusmodi est peregrinationis votum, & religionem ingrediendi, quæ non cadunt in seruos, quia illis, ius dominicæ potestatis, quod habent in personis, & operis eorum impeditur: cadunt verò in filios, in quorum operis personalibus paternum ius nō consistit. Et ita de omni personali filiorum voto idem iudicium proferunt Doctor. secundùm Sot. de iust. libro 7. quęst. 3. articul. 2. pag. 114. versicul. Igitur libentiùs, vbi vota omnia personalia filiorum post pubertatem emissa valere probat, nec à parentibus posse irritari, sequitur Aragon. d. quæst 88. articul. 9. col. 4. ad med. & pluribus citatis Sanch. d. libro 4. cap. 35. quæst. 2. numer. 15. Suar. veró d. libro 6. cap. 5. num 4. & 9. non ita amplam filijsfamil. potestatem tribuit circâ vota personalia; irritabilia enim censet lo[illegible]æ peregrinationis vota, & extraordinariorum ieiuniorum, seu abstinentiæ magnæ quę vires minuat ad conuenientem laborem pro ratione status; atque ita in materia ista non multùm filios à seruis secernit, in quibus, inquit, dict. numer. 9. eandem esse rationem proportionalem; quæ fuit Innocent. sententia in dict. cap. scripturæ, num. 3. tradentis, peregrinationis, & abstinentiæ vota filiorumfamil. non valere, si patres non consentiant expresé, aut tacitè,

per

Per l.2. ff. de pollicitationib. & secutus est Sanch. cum relatis ab eo d.c.35.quæst.2.nu.17.

Sed videtur, disparem esse causam, & rationem quoad præsens institutum, inter filios, & seruos, sicut & in multis alijs iuris articulis; nec enim pater filium vendere potest, aut eius operas alteri inuito filio locare, &, si ipse, aut filius operas suas locet, proprietas lucri inde quæsiti, ipsius filij est, non patris leg. cùm oportet Cod.de bon.quæ liber. cuius contrarium in seruo reperitur. Ideò circâ vota personalia non est eadem vtriusque ratio, sed diuersa multùm, & probanda videtur in illis prior sententia; quia filius longa peregrinatione, & ieiunijs multis, quibus ad operandum vires minus suppetant, paternæ potestatis iuri non derogat, sicut nec votis alijs personalibus, quæ, idcircò irritationi patris non subijciuntur. Et confirmatur hęc sententia ex ea quæ communi omnium consensu recipitur in voto religionis à filiofamil. emisso, vt, nempe, irritabile non sit; quod non speciali aliquo priuilegio, quasì per regulæ exceptionem, inductum esse, agnoscit idem Suar. dict. capit. quinto, numer. quinto, versicul. Nam quod iura; si ergo, iure ordinario, & secundùm regulam, vt ille probat, votum religionis filijfamil. irritabile non est, & tamen nullo alio personali voto, patriæ potestati præiudicatur ęquè, vt isto, cuius adimplemento, illa ex toto tollitur, vt statim tradetur, á fortiori idem iudicium esse debet de reliquis votis personalibus filiorumfamil. quibus paternum ius in liberos non læditur, neque perimitur.

Et quod ad religionis votum attinet, quanuis illius adimplemento, religionis, inquam, ingressu, professione secuta, patria potestas tollatur secundùm Innocent.in dict.cap.scripturæ, numero septimo, & gloss. sententiam in leg. si ex causa, §.Papinianus ff. de minorib. communiter receptam, vt tradidimus in commentar.leg.prim. Cod. de sacrosanct. eccles.4. part. §.2. sub numero decimonono, & pluribus citatis communem dicit, & fusè prosequitur Ascan. de patr. potest.it. capit. vltim. versicul. Quartò soluitur, ex numero 67. Succintè Azor dict.libro secund. cap.20. versicul. Sexta est, tom. 2. & Sanch. in præcepta Decalog. libro quarto, cap. trigesimo quinto, numero 46. Id tamen accessoriè & in consequentiam venit; quod enim principaliter filius agit, & intendit religionis ingressu, non est, patriam in se potestatem extinguere, sed se Deo dicare, & alterius ad id se potestati subdere; hoc verò, quod principaliter agitur & intenditur in prædicto voto filij attendi debet, non quod accessoriè venit, regul. accessorium, de regul. iur. libro sexto, vt in terminis respondet Nauarr. dict. cap. duodecimo, numero 65. circá princip. Quæ ratio etsi in seruo æquè militet, ex alio tamen religionem ingredi, inuito domino nequit, nec ad id voto se obligare, vt inter omnes constat, quia, nempe, domino subijcitur etiam quoad personales operas, quarum illi debitor est, idcircô, quod domini est, nec directó, nec per indirectum auferre illi potest, nec Deo votum de aliena re danda absque domini voluntate acceptabile est; quod in filio longè aliter se habet, qui operarum suarum (vt ita dicam) dominus est, & quod illis acquirit, sibi quoad proprietatem acquirit d. l. cùm oportet, §. igitur liberi, instit. per quas person.nob.acquirit.

Azor instit. moral. lib. 11. c. 18. versic. Tertiò quæritur, 1. part. & ibi in versicul. communis quoque, cōmunem omnium Authorum sententiam esse, scripsit, Less. lib. 2. de iust. & iur. c. 40. dubit. 14. num. 82. vbi dicit communem, communem etiam dicit & certam sententiam Suar. d. lib. 6. c. 6. nu. 22. & verissimam Sanch. in Decalog. d. lib. 4. c. 18. num. 5. qui rursus eod. lib. c. 35. nu. 60. scripsit, apud omnes constare nemine discrepante, tutorem vtriusque sexus posse omnia prorsus impuberum vota irritare.

Notanda, itaque, differentia est inter vota impuberis, & eius qui sub patria potestate est; nam votum filijfamil. vel eiusmodi est quod ab initio valuit, & tunc, irritari nequit, quando post pubertatem factum fuit; si enim ante pubertatem factum sit, idem ius de illo erit, quod de aliorum impuberum votis; vel ab initio non valuit propter paternum præiudicium, & tunc, irritari, non est opus, quod nullam secum fert obligationem d. l. 2. versicul. Voto, vbi sic probari videtur; præterquám, quód votum de re aliena, tanquàm de re illicita factum, non tenet; tametsi videam, Doctores communiter (Toletum excipio loco sup. citato) in votis filiorumfamil. loquentes, irritationis paternæ meminisse, quasi, etsi de re patris facta existimentur, interim stent, quandiu non irritantur, subintellecta, scilicet, paterni consensus conditione, vt explicat Suar. d. c. 5. num. 9. ad fin. Votum autem impuberis qui doli capax est, & sub patria potestate non est, valet; irritari tamen à parentibus potest, vel à tutore, aut alio sub cuius cura & administratione interim manet, vt communiter tradunt omnes, excepto religionis voto solemni; quod, quia maiorem animi deliberationem, ac iudicij maturitatem requirit, ante pubertatem emissum non valet c. 1. de regular. lib. 6. tradit Abb. in c. scripturæ, nu. 7. de vot. Sanch. d. c. 35. num. 9. quod hodie ad decimi sexti ætatis anni implementum tam in masculis, quàm fœminis extenditur ex sacri Concilij Tridenti decreto sess. 25. c. 15. de regularib.

29. Irritatio autem voti fieri debet ab eo qui habet irritandi potestatem, antequàm impubes ad pubertatis annum perueniat, id est, masculus ad decimum quartum ætatis annum, fœmina ad duodecimum: & in hoc omnes conueniunt. Controuertunt verò, an & post pubertatem vouentis, irritandi potestas duret; & durare circà votum simplex, vsque ad vigesimum quintum annum, dummodò qui vouit, post pubertatem ratum nō habuerit, tenet Nauar. d. c. 12. nu. 70. & sequenti, secutus Caietan. ab eo relatum 2. 2 quæst. 189. art. 5. Idem probant Petr. de Ledesma loquens in voto filij impuberis, in Summ. 2. part. tract. 10. c. 7. versic. Digo lo septimo. Los padres, latè Ludouic. de Beja, qui etiam loquitur in voto filij impuberis sub matris tutela, in respons. cas. conscient. cas. 49. ex versicul. His ita declaratis 1. p. Less. d. c. 40. num. 83. vbi ait, alios ita tenere, Suar. d. lib. 6. c. 6. nu. 8. cum sequentib. cum quibus circà vota realia filiorum tenet Tolet. d. c. 18. num. 7. & sentit Eman. d. c. 91. conclus. 5. contrarium probans in personalibus, & pro hac sententia citat Aragon. quem item pro eadem citauit Suar. d. c. 6. num. 10. in princip. & tamen ille d. quæst. 88. artic. 9. col. 4. ad med. loquitur de votis personalibus post pubertatem emissis, circá quorum irritationem, varias esse, inquit, Doctorum sententias; nam in realibus, pro certo ponit, ad vigesimū vsque quintum ætatis annum posse irritari; in personalibus autem con-

trarium probat cum Sot. lib. 7. de iustit. & iur. quæst. 3. articul. 2. contra Siluestr. in sum. verb. votum 4. §. 2. Atque ita apparet, quòd Aragon. ibi diuersum ponit casum ab illo de quo quærimus, qui est de voto emisso ante pubertatem, an post eam irritari possit vsque ad vigesimum quintum ætatis annum eius qui vouit, cùm votum ante pubertatem emissum, post eam ratum non habuisset, meliùs ergo in sententiam suam posset Eman. afferre Sot. d. quæst. 3. art. 2. prope fin. versicul. Postremùm, vbi ponit casum de quo loquimur, in quo idem probat quod Eman. In eo tamen nihilominus cum Caietan. & alijs de quibus sup. affirmatiuam partem probo, dummodò ad illam vsque ætatem sub irritantis cura, & administratione minor maneat; vt expresè sic in casu isto probat Sanch. super Decalog. d. lib. 4. c. 30. num. 15. versicul. At verius; cùm enim in ea ætate constitutus votum emiserit, in qua fragile ad id, illius consilium reputatur; quod in causa est, vt irritari votum legitimè potuisset; & hæc causa, post pubertatem illius æquè duret ad votum antea emissum, duret etiam potestas irritãtis in administratione ac cura bonorum, & personę vouentis, dicendum videtur, vt votum ante pubertatem emissum, irritari post eam possit, quandiu hęc potestas durat; illa verò cessante irritari non poterit ab eo qui tutor fuit, vt probat Suar. d. c. 6. num. 24. & sequenti, quem refert, & sequitur Sanch. d. c. 30. nu. 14. in fin.

Qua ratione, in voto filijfamil. ante pubertatem emisso idem dico, cum Sanch. & pluribus ab eo citatis d. c. 30. nu. 9. vt & post illam completam irritari à patre possit; quod intelligo, quandiu patria potestas in filio perseuerat; illa verò cessante irritari ab eo non poterit; vt in hac specie tenet Sot. d. art. 2. ad fin cui in hoc assentio, etsi Ludouic. de Beja vbi sup. & Suar. d. c. 6. num. 11. Sanch. d. c. 30. num. 13. magis probet, irritandi potestatem in patre manere etiam filio pubere facto, & emancipato. Et huic casui similis est quem Sot. subdidit in argumentum illius, de seruo liberato á potestate dominica sub qua erat cùm votum emisit, cuius votum dominus qui erat voti tempore, post extinctam potestatem dominicam irritare nequit, vt tenent alij quos refert, & sequitur Sanch. d. c. 30. nu. 32. ab vtroque verò, casu, nempe, filij à patria potestate liberati, & serui â dominica, casus impuberis qui post pubertatem sub eadem manet potestate, dissimilis est; idcircò in hoc cum Caietan. & alijs de quib. sup. teneo contra Sot.

30. Et non obstat tex. in c. puella 20. quęst. 2. qui probat, puellæ votum ante pubertatem emissum, post eam, intra annum & diem á parentibus, aut tutoribus irritari posse, non deinceps; loquitur enim in voto religionis; quod de simplici intelligendũ est, nam solenne in ea ętate factum non valeret; idcircò autem post annum & diem vltra duodecimum irritari non potuit in casu de quo ibi, quia termino illo, quod simplex erat, sacri velaminis assumptione, ac delatione, de qua ibi, solennizatum mansit saltem pręsumptiuè, vt probat tex. in c. 1. de regularib. lib. 6. cuius irritandi, nulli potestas subest, vt ibi.

31. Votum autem legitimè irritatum, ampliùs nõ reuiuiscit extincta potestate irritantis, vt cum Panormitan. Siluestr. & Nauar. tenent Aragon. d. quæst. 88. art. 8. in fin. Eman. in summ. d. c. 91. conclus. 3. Sot. d. quæst. 3. art. 2. pag 111. in princip. Azor, qui pro eadem sententia alios citat d. lib. 11. cap. 18. versicul. Quartò quæritur,

Leonard.

Leonard. Less. d.c.40. dub.12.nu.71. Thom. Sanch. in Decalog. d.lib.4.c.24.num.3. vbi alios citat, & latiùs de hoc per eundem eod. lib. c.26. Suar. d.c.6.num.17. & sequenti, vbi, Innoc. qui pro contraria sententia ab alijs citatur, in d. c. scripturæ, D. Thom. etiam, & Nauarr. ab hac contrariæ sententiæ impostura defendit. Et quod attinet ad Innoc. in d. c. scripturæ, in versic. Idem credimus, de voto quidem impuberis loquitur, non tamen irritationis illius meminit; nec quoad hoc, inter puberum, & impuberum votum, discrimen ponit, quod illi Aragón. imponit; sed tam in his, quàm in illis, qui vouent sub patria potestate constituti, tenet, quòd postquàm illam exierint, adimplere vota tenebuntur; quo sensu, Innoc. opinionem accipit Abb. ibi, num.7. Et licèt illam non probet, tutiorem tamen dicit. Ego verò, Innoc. sententiam, sic acceptam & intellectam, nō solùm tutiorem, sed veriorem etiam, imò & verissimam credo in votis abstinentię, & peregrinationis, in quibus nominatim ille loquitur, & in quibuslibet alijs, quæ à filijsfamil. emissa, valent, iuxta superiùs tradita; si enim valuerunt, etsi ab illis sub patria potestate positis facta proponantur, quia paterno iuri nocumentum non afferunt, si adimpleantur, saltem directò & principaliter, & filij iudicio stabili ad vouendum pollebant, nulla ratione suaderi potest, vt patria potestate exuti, ab illis maneant absoluti; quinimò, & adhuc sub patria potestate existentes implere tenentur quod legitimè vouerunt, si commodè hoc possunt. Bene tamen verum est, quod Innoc. subdidit, quòd cum impuberibus, quia non ita stabile iudicium habent, facilè erit dispensandum, aut commutandum. Quod, non solùm, quandiu in illa ætate existunt, est intelligendum, sed & postquàm ad legitimam peruenerũt, pro votis in puerili ętate emissis dùm modò ea postea rata non habuissent.

32. Quarè Abb. sententia contra Innoc. in d.c. scripturæ, num.7. de ijs duntaxat votis filiorum est accipienda, quæ ab initio non valuerunt propter præiudicium patris; ad quorum implementum, contra Innoc. verius putat, vt filij non teneantur patria potestate soluti. Quę quidem Panormitan. opinio, in casu isto in quo ille loquitur, planè procedit; nam vltra argumentum, quo vtitur, de marito quem vxor á vitę monasticę professione quam voto inierat, reuocauit, ad quam illa mortua redire non tenetur, nec è contra, mulier quam maritus è monasterio eduxit, vt in c. quidam, c. placet, de conuers. coniugat. pro hac sententia stat iuris regula, secundùm quam, quod ab initio non valuit, tractu temporis non potest reconualescere. Quarè votum, quod ab initio non valuit, iuxta d l.2. versicul. Voto, filio à potestate paterna postea liberato vires non assumet, prætterquàm si in tempus hoc habile executio illius collata fuisset, vt sup. tradidimus, & tenet Abb. d. num.7. in fin. Suar. d.c.6.nu.8.

33. Sententia verò Abb. Siluestr. & aliorum de irritatione voti loquentium, de eo intelligenda est, quod ab initio mero iure valet, alterius tamen voluntate irritari legitimè potest, cuiusmodi sunt impuberum vota; quæ, si á potestatem habente irritentur, cessante postea irritantis authoritate in persona illorum, non reuiuiscunt, quia quod semel legitimè extinctum & abolitum fuit, non potest postea reuiuiscere, ad quod prę̨stat argumētum c. quidam, & c. placet d. titul. de conuers. coniugator.

34. Videtur autem, impuberis votum,

votum, reale saltem, ab initio non valere, nec obligare, vt irritatione ad id non egeat; cùm enim impubes, tametsi rerum suarum dominus sit, administrationem illarum non habeat, nec de illis donare quicquam, aut titulo alio alienare, promittereue possit, cum hominibus contrahendo, &, si donet, aut promittat, illis non obligetur, §. nunc admonendi, instit. quib. alien. lic. vel non; & idem est in adulto curatorem habente, qui sinè authoritate illius ex contractu à se gesto non obligatur l. si curatorem C. de in integr. restitut. minor. videtur, quòd nec Deo, de re sua aliquid vouentes sinè tutoris, aut curatoris consensu, obligentur; quia Deus, seuerior exactor, quàm homo, non est, imò benignior multò est, & mitiùs cum eo agitur. Hac tamen obiectione non obstante, respondendum erit, impuberum, qui doli capaces sunt, vota valere, & irritatione superioris indigere, vt non obligent, iuxta prædicta: nec sic Deus, durior promissi exactor, quàm homo, reperitur, imò liberatior, ac benignior: etenim quòd pupillus cogi non possit ad præstandam promissi fidem alteri datam, id eò pertinet, quia ciuili actione ex contractu à se gesto non obligatur, naturaliter tamen obligatur, secundùm communem, quam tradit Ias. in l. interdum, num. 5 ff de condict. indebit. & nos sup. ad tex ibi, *Obligationes institutæ*, sub num 18. quæ naturalis obligatio in exteriori iudicio aliquot producit effectus, vt ibidem annotauimus; & in interiori animæ iudicio potissimum sibi locum vendicat, nec tutoris authoritate irritari vnquam potest: votum autem quod pupillum ligat, & puberem sub curatore constitutum, nullam aliam, quàm in interiori iudicio obligationem parit; & ab hac quidem pupillus, sola tutoris sui authoritate votum irritantis plenè liberatur, vt cũ communi sup. traditur. Atque ita apparet, melioris conditionis illum manere, etiam quod attinet ad obligationem tollendam, cui se sciens astrinxit, Deo vouendo, quàm homini promittendo, mitiùsque cũ Deo, quàm cum hominibus agi. Et hæc nunc pro voto filij satis nobis sint. De quo, & alijs quæ alterius subiacent irritationi, prout sunt vota cõiugum, seruorum, & Religiosorum, agunt Innoc. & alij in d. c. scripturæ, de vot. Thomistæ d. quæst. 88. artic. 8. Nauar. d. c. 12. ex num. 63. & Summistæ in verb. *Votum*. Latè Sot. d. lib. 7. quæst. 3. art. 1. & 2. Azor d. lib 11. c. 17. & sequenti, Less. d. c. 40. dubitat. 12. cum trib sequentib. Suar. de Religion. d. lib. 3. c. 5. cum duob. sequentib. & latissimè d tract 6 lib. 6. ex c. 2 cum sequentib. vsque ad 8. latissimè item, ac post omnes de votorum irritatione egit Thom. Sanch. d. lib. 4. in Decalog ex c. 24. cum multis sequentib.

Nunc, prosequendo intentũ, postquàm tradidimus, filiumfamil. contrahere regulariter posse, & ex contractibus à se gestis efficaciter obligari, præterquàm in casibus de quibus sup. consequenter videndũ erit, quando actio inde orta illi, & quando patri competat.

35. Et quod attinet ad actionem ortam ex contractu super rem castrensis, aut quasi castrensis peculij celebrato, nulla dubitatio est illam filio quæri tam antiquo, quàm nouiori iure, l. 1. §. nec castrense ff. de collat. bonor. l. 4. l. pater qui dat. ff. de castrens. pecul. l. 1. cum sequentib. C. eod. titul. lib. 12. In his enim filijsfamil. plenum ius, & dominium cum administratione quæritur. Adeò, vt & de illis testari possint, sub periculo tamen querelæ si legitimam parentibus

bus

bus non relinquant ex nouiori iure Auth. presbyteros. 1. C. de episcop. & cleric. secundúm gloss. verb. testamenta, in l. final. C. de inofficios. testament. communiter receptam ex Ias. ibi num. 5. de quo scripsi in commentar. l. 1. part. 1. §. 7. num. 3. & 4. C. de sacrosanct. eccles. Nec tantùm actio quæritur filio ex contractu circá castrenses, aut quasi castrenses res gestas, sed & persecutio illius in iudicio illi competit d. l. 4. versicul. actionem ff. de castrens. pecul. & infr. trademus.

36. Quod veró spectat ad actionem ortam ex contractu filij super aduentitio peculio, aut operis illius celebrato, distinguenda sunt tempora, etenim de iure Digestorum, patri in totum quærebatur, sed ex noua Iustiniani constitutione l. cùm oportet C. de bon. quæ liber. §. igitur liberi, instit. per quas person. nob. acquirit. filio quæritur, & vsusfructus rei per actionem obtentæ patri competit, proprietas veró filio. De exercitio veró huiusce actionis cui competat, inferiùs trademus. Et quod dicimus attento Digestorum iure, de actione orta ex contractu celebrato super re pertinente ad aduentitium peculium, aut operas filij, in vniuersum accipiendum est de actione orta ex quocunque filij contractu, qui ad profectitium peculium, seu rem paternam pertineat; nam actio inde profecta pleno iure, patris erit, non filij, sicut & prouentus ex illa secuti.

37. Et hæc quidem omnia securè & absque vlla controuersia procedunt, præterquàm id quod, de actione circà aduentitia, patri quærenda secundùm ius Digestorum, diximus, propter Pauli Iurisconsult. responsum in l. filiusfamilias 8. ff. de obligat. & action. Vbi, actiones oriundas ex certis quibusdam causis de quibus ibi, filiumfamil. suo nomine habere scribitur; quod de directis intelligunt gloss. 1. & Bart. ibi, idem Bart. in l. si longiùs §. si filiusfamilias num. 2. ff. de iud. pro concordia vtriusque tex. quã communis sequitur. Sed omnes laborant in quærenda ratione specialitatis ad actiones profectas ex causis de quibus in d. l. filiusfamil. vbi Bart. illã se funditùs nunquam percepisse, ingenuè fatetur, excepta iniuriarum actione; quod etiam contigit Angel. Aretin. in §. actiones, num. 14. circà princip. institut. de actionib. aienti, quòd erit ratio, per l. non omnium, ff. de legib. Et Ias. in l. cùm filiusfamilias num. 5. & 6. ff. si cert. petat. cogitandum reliquit confutata ratione Cuman. in d. l. filiusfamilias, quam nihilòminus sequitur Alc. in d. l. cùm filiusfamil. colum. 2. versicul. Alius est casus.

38. Est autem Cuman. ratio ad depositi, & commodati actiones, de quibus ibi, quia in his, non de dominio, nec de possessione prout est iuris, sed de nuda ipsius rei detentione, seu tenuta agitur, cuius, quia meri facti est, filius est capax, sicut & seruus l. stipulatio ista, habere §. hęc quoque ff. de verbor. obligat. Idcircò, quia ipsius tenutæ & detentionis capax est, concessum illi meritò fuit, vt capax etiam esset actionis pro illa competentis ex his contractibus, depositi, nempe, & commodati, in quibus exuberantior bona fides exigitur.

Verùm hęc Cuman. ratio, licèt subtilis appareat, probanda non videtur. Primó, quia in contractu locationis, qui etiam bonæ fidei est, locum ęquè sibi vendicat pro rei locatæ restitutione; quod fuit Ias. argumentum contra prædictam Cuman. rationem, in d. l. cùm filius, num. 6. cui non satisfacit Alc. ibid. col. 2. in fin. respondens, in locatione venire pen-

pensionem propter fructus, qui pertinent ad rei dominum, vel possessorem bonæ fidei; etenim argumentum procedit, non in actione ad pensionem, sed cùm agitur ad restitutionem tenutæ, seu detentionis; quæ sola transit in conductorem, non rei possessio, vt probat tex. in l. malè agitur C. de præscipt. trigint. vel quadragint. annor. idcircò, colono aut inquilino per vim deiecto non competit interdictum vnde vi, quod possessori datur l. 1. §. deijcitur ff. vnde vi, tametsi, suggerente equitate officium iudicis competat, vt notant gloss. & omnes per tex. ibi in l. Aquilius, in fin. ff. de donat. Gom. l. 45. Taur. num. 12. Menoch. de recuperand. rem vlr. num. 21. Valasc. cons. 173. numer. 2. tom. 2. Carot. cum relatis ab eo tract. de locat. 6. part. rem 8. num. 3. & sequenti; & tamen talis actio orta ex contractu locationis à filio celebrato ad recuperandam rei locatæ detentionem concessa illi non reperitur, vt depositi, & commodati actiones, de quibus in d. l. filiusfamil. 8.

Rursus, contra eandem Cuman. rationem considero, quòd licèt filius capax sit simplicis detentionis, de qua agitur in depositi, & commodati actionibus, sicut & seruus, non inde sequitur, quòd capax sit actionis ad illam competentis; siquidem actio, semper est iuris, etsi, ad ea quæ meri facti sunt, competat, vt constat ex definitione illius, in princip. instit. de actionib. vbi gloss. & Ias. ex num. 39. Quod etiam eodem serui exemplo manifestè ostenditur; quem posse, rem quampiam tenere, re ipsa constat, quia meri hoc facti est, d. l. stipulatio ista §. hęc quoque, & tamen, non ideo magis dicet aliquis, competere seruo actionem ad eiusdem rei detentionem repetendam, quia actio iuris est, cuius ille capax non est. Atque ita, ex eo, quia filius, detentionis rei, quam deposuit, aut commodauit, capax est, non sequitur, nec infertur, quòd actionem habeat pro restitutione detentionis ipsius intentandam.

39. Quarè hac, & alijs omissis quas refert Barbos. in l. si longiùs §. si filiusfamil. ex nu. 63. cum sequentib. ff. de iudic. vbi num. 71. cum sequenti, aliam vt propriam adducit; quæ, si non est eadem cum Cuman. ratione, in illam reincidit, & eisdem argumētis confutari potest; specialitatis ratio, ob quam magis ex depositi, & commodati contractibus filio competeret actio, antiquo iure, quàm ex alijs ab illo celebratis, tametsi, vt illi, bonę fidei sint, in eo stat, vt reor, quia actiones ex illis ortæ, natura sua ad nouam alicuius rei acquisitionem nō spectant: qui enim rem deponit, aut commodat, actionem quidem habet ex hoc, aut illo contractu ad rem repetendam, nec illa tamen aliquid de nouo acquiritur; nam & dominium, & possessio rei depositę, aut commodatę, apud eum manſit post contractum, penes quem erat; nimirùm ergo, si actio, qua nihil de nouo acquiri intenditur, non acquireretur patri, cui iure patrię potestatis, acquisita per filium, acquirebantur, sed potiùs penes filium maneret, qui deposuit, aut commodauit; quia sic, & bona fides contractus seruabatur, & iuri paterno nihil detrahebatur; quid enim, si actio ad depositam, & commodatam rem repetendam, per filium patri quæreretur, illi de nouo quærebatur, qui in re deposita, & commodata idem ius, ac plenum dominium habebat post depositum, aut commodatum à filio factum, quod antea habebat? Itaque, quicquid filius acquirebat, patri acquirebat, quia verò actione hac nihil de nouo acquirebat, illā patri nòn acquirebat. Nec obstat, si obijcia-

obijciatur de actione locati ad rem repetendam, in qua hoc ipsum cernere est, & tamen filio non competebat, sed patri; quia locationis contractus, ad nouam acquisitionem ex parte locatoris celebratur, atque idcircò, actio ex illo orta, natura sua, & principaliter contractus origine, & contrahentium mente inspecta, ad hoc est, vt aliquid acquiratur, & res familiaris augeatur; secundariò autem venit ad rem repetendam actio; idcircò, quia, quod principaliter geritur, attendi debet, actio locati, quia principaliter, & primordiali natura sua inspecta, ad rem de nouo quærendam inducta est, acquiri illi debuit, cui, quicquid filius acquirebat, iure illo acquirebatur l. placet ff. de acquirend. hæredit. cum alijs. Et hæc quidem specialitatis ratio ad depositi, & commodati actiones, mihi diutiùs cogitanti vera visa est: quam si non probet ingeniosus Lector, meliorem aliam cogitet.

40. In actione autem iniuriarũ, &, *quod vi aut clam*, de quibus etiam in d. l. filiusfamil. 8. ff. de obligat. & act. vna, & eadem ratio est, videlicet, propter iniuriam filio illatam, vt in prima tradit Bart. in d. l. filiusfamil. Ias. in d. l. cùm filius, num. 6. ff. si cert. petat & Alc. ibi col. 2. vbi eandem rationem asignat ad actionem, *quod vi, & clam*, quando illa agitur ex capite violentiæ, sic accipiens d. l filiusfamilias, quatenus ibi inter actiones filiofamil. competentes, *quod vi, aut clam*, numeratur, vt intelligatur de priore huius interdicti parte, quæ ad violentiam pertinet; per illam, namque, filius ipse, cui facta est vis, iniuriatur; ideo, vt in iniuria personæ filij principaliter facta euenit, tam illi, quàm patri, ex hoc capite competit interdictum; ex eo autem quod clam factum est, quia nulla filio fit iniuria, nulla illi competit actio, vt eleganter ex Labeone docet Vlpian. in l. denique §. 1. ff. quod vi, aut clam, vbi gloss. verb. *Secum*, pro concordia tex. ibi, cum d. l. filiusfamil. sex solutiones retulit; & hanc, quæ penultima est, magis probo, quam tradiderunt Dyn, & Rayner. ibi, & sequitur Alciat. vbi sup.

41. Illud pro articuli istius complemento addendum est quod Bart. docuit in d. l. filiusfamil. in fin. nempe, Digestorũ iure attento, interesse, an filius qui suo nomine actionem habet, vt in casibus prædictis, ex ea debitum exigat post patris obitum, an ante, si enim pater moreretur antequàm filius exegisset, nec actionem ipsam, nec quod illius virtute post patris obitum exegisset, cum fratribus communicaret; exactione verò facta in vita parentis, res ipsa illi quæreretur iure illo, vt obseruat Bart. Cautè tamen hoc accipiendum est; siquidem, quod attinet ad depositi, & commodati actiones, & ad interdictum quod vi, hæc vtilitas inanis esset in effectu; cùm, etsi actiones ipsæ quæ filio competebant, mortuo patre, cum fratribus cohæredibus non communicarentur, res tamen à filio recuperatæ illarum vi actionum, etsi post obitum patris recuperarentur, sinè dubio communicarentur tanquàm res patris, & de patrimonio illius, cuius dominium non exierant per contractum filij, aut per vim quã in illis passus fuit. Atque ita apparet, quòd, etsi actiones, quæ ex his causis filio competebant, fratribus cohæredibus non communicarentur, res tamen ipsa post mortem patris exacta, ad familiæ ercìscundæ iudicium pertinebat, vt alia prædefuncti parentis bona, Digestorum iure attento.

42. In actione autem iniuriarum vtilitas sentẽtiæ Bart. spectari potuit: illa,

illa, namque, sicut & aliæ filio competentes, cohæredibus non communicaretur, pecuniariaquè satisfactio iniuriæ obtenta post mortem patris, ipsius filij pręcipua erat, vt probat tex.in l.sed si vnius §.final.ff.de iniur. quę tamen, si viuo adhuc patre obtenta fuisset, illi, sicut & reliqua per filium acquisita, illico acquireretur, iuxta regul. d. l. placet, cum adductis per Pinel. in l.1. part. 1. num.12. cum duob.sequentib.C.de bon.matern.

43. Sic eueniebat, vt ex iniuria filio facta duplex oriretur actio, vna, quæ filio competebat,altera,quæ patri l.in personam ff.de pact. l.non solùm § quęritur,versicul. Si pater ff.de procuratorib.l.seruo autem §.final. l. pater cuius ff.de iniur. §. patitur autem,instit. eod.titul. & vnicuique secundùm propriam dignitatem æstimatio fieri debebat,cùm euenire posset,vt,propter filij dignitatem, maior in illo, quàm in patre æstimaretur iniuria l.cùm posit ff.de iniur. vtriusq; verò actionis emolumentum quærebatur patri. Et hoc quidem ante nouam Iustinian. constitutionem l cùm oportet C. de bon. quæ liber. post eam, namque, quæsita per filium actione iniuriarum illi competente, aduentitiorum bonorum iure censebuntur.

44. Vnde erit, quòd, etsi, iuxta communem sententiam quam tradunt Clar.lib.5 §.final.quæst.58.num. 22. Ascan.de patr.potestat.c.6. effect. 8.num.1.Azeued.in l.2.num.130.cum sequentib.titul.10. lib.8. nou.recopilat.vbi, quotidie practicari,dixit, Barbos. in l. Lucius Titius num.2.& 4. ff.solut matrimon.& probat tex.in d. l. sed si vnius §. filiofamil..ff.de iniur. vbi gloss.Alberic. & Bart. nu.2.pater posset remittere iniuriam filio factā, etiam illo inuito,præterquàm in casu de quo ibi in versicul.Interdum,& in casu l.Papinianus,in princ. & l. filius ff.de inofficiof.testament.de quo latè Boer decis.120.ex num.1. vbi regulam & fallentias ponit: hodie tamen iniuriarum actio quæ filio competit, illo inuito remitti à patre nequeat, per d.l.cùm oportet, & l. final. §. ipsum autem C. de bon. quæ liber. vt cum Azon.in summ.C.de iniur.num. 13. & Hostiens. in summ. eod. titul. col. 3. contra communem quam sequitur Ascan. d. 8. effect. limit.3. & Barbos.d. l. Lucius num. 4. versic.Ex qua ratione,probat Pinel in l.1.3.part. nu.final C.de bon. matern. vbi etiam idem contendit de iure Digestorum cum Iacob. de Aret. & Alberic.in d.l. sed si vnius §. filiofamil. & Fulgos. in l.contra iuris §°si filius, num.final. ff. de pact. Verùm, iure illo communis sententia retinenda est per tex. in d. §. filiofamil. cui sinè cauillatione responderi non potest.

45. Et rationem illius in eo consistere, scripsit Barbos.d. nu.4. versic. Sed videndum,quia iniuria filio facta, etiam patri facta videtur,idcircò propter hanc connexionem, & præeminentiam patriæ potestatis, remittere eam pater solus potest,& ita esse scripsit de mente Bart. d. §. filiofamil. nu.2.& aliorum quos citat. Quæ tamen ratio secura non videtur, quia etsi iniuria facta filio,patri etiam facta censeatur,sua tamen cuique inde oritur actio,& vna ab altera separata est, secundùm cuiusque personam ęstimanda,vt sup.diximus. Quarè communis sententię rationem, in eo esse, reor, quia, si pater inuito filio non posset remittere iniuriam illi factam, euenire posset, vt maius inde pater aliquando iniuriæ damnum pateretur propter vilem iniuriæ ęstimationem filio agente factam, qua apud bonos,grauesqué viros, filij ipsius,& patris honor, ac nomen grauiùs læderetur;

deretur; pone enim, aliquem, patritij viri filium depalmasse, huicquè pro iniuriæ æstimatione viginti quinque asses à iudice decerni (quę erat iniurię æstimatio in veteri duodecim tabularum lege, de qua conqueritur philosophus Zaphorinus apud Gellium noct. Atticar. lib. vltim. c. 1.) negari non potest, patris iniuriam fore, iniuriam filio suo illatam, ære illo paruo dilutam censeri. Quaré, ne ex ipsa iniurię æstimatione, seu vendicatione â filio intentata, nouæ patris iniurię oriretur occasio, & sic illi inde nasceretur iniuria vnde iura nascuntur, contra l. meminerint C. vnde vi, satis prudenter cautum fuit, patrem posse remittere, atque donare iniuriam factam filio d. l. sed si vnius §. filiofamil. Quia veró, vbi pater, vilis esset, & filij persona honesta, hæc ratio omnino cessabat, periculumquè erat, ne talis pater, honesti, seu nobilis filij iniuriam pro merito vendicandam, parui pensaret, quod cederet in contumeliam filij, summa eũ ratione, in casu isto remittendæ iniuriæ potestas denegata est patri in d. §. filiofamil. versic. Interdũ; notat gloss. in l. in personam ff. de pact. quam sequuntur ibi omnes, secũdùm Azeued. d. l. 2. n. 134.

46. Hinc etiam est, quòd inofficiosi testamenti querelam filio cõpetentem, qui à matre, auoue materno, notæ causa exhæredatus proponitur, aut pręteritus, illo inuito, pater sub cuius est potestate, remittere nõ valet; quod enim ex tali exhęredatione filius famæ damnum patitur, sic personæ ipsius cohæret, vt nullo rei euẽtu, patris opinio apud bonos, grauesquè viros onerari vnquam posit, sed filij duntaxat, cuius causa agitur, ipsius enim iniuria est, vt subtiliter obseruauit Papinian. ab Vlpian. relatus in l. Papinianus, in princ. ff. de inoffic. testam. Circà cuius tex. explicationẽ laborant Scribb. & variè intelligitur, vt cõstat ex Barbos. d. l. Lucius Titius num. 6. cum sequentib. eius tamen decisio, & ratio ibi scripta facilè procedit, retenta ea quã dicimus ad reg. d §. filiofamil.

47. Quanuis autẽ prædicta ratio, etiam nouiori iure locũ sortiri, videretur, ex quo, iure illo, vt cõmunis sententia vult, videbatur, patrem æquè posse, iniuriam filij illo inuito remittere, aliunde tamen, id facere, prohibetur, vt Pinel. probat post citatos ab eo d. l. 1. 3. part. nu. final. quia, nempe, post nouã Iustinian. constitutionẽ d. l. cùm oportet, proprietas cõmodi iniuriæ causa obuenientis filio acquiritur; in quo quia pater filio præiudicare nequit, actionem iniuriarũ illi cõpetentem tollere nequit: quod secus erat de iure antiquo, secundùm quod, in iniuria filio illata, patris causa potissimùm vertebatur, cùm & persona illius, sicut & filij, offenderetur, & pręterea litis æstimatio, & omne lucrum illi acquireretur: vnde, nimirùm si actionem illam recusante filio remittere posset, cuius potior pars, ipsius erat. Communem, itaque, probo, secundùm ius pristinũ, contrariam, secundùm nouum; iuxta quod accipio quod tradit Barbos. d. l. Lucius Titius nu. 5. & 6. de non remittenda á patre actione ciuili iniuriarum, quæ filio competit ex lege Cornelia.

48. Tertiò principaliter in hac materia, de exercitio actionis est vidẽdũ, cui cõpetat. Et, vt certa â dubijs separemus, constat, posse filiũ causam peculij castrẽsis in iudicio agere, de quo est tex. in l. filiusfamil. 8. in princ. ff. de procurator. vbi Bart. & cõmuniter alij hoc intelligunt, etiam absque patris consensu, contra gloss. magnã in l. final. §. necessitate, vers. Itẽ si agat filius C. de bon. quæ liber. cõtra quã idẽ ibi tenet Bart. n. 2. in fin. & n. 12. vbi dicit,

quòd ita tenent cōmuniter Doctor. idem tenet Innocent. in c. accedens, num. 4 de procuratorib. etsi loquatur per verbum, *fortè*, & in maioribus 20. annis, Paul. in d. §. necessitate, nu. 4. & 13. vbi etiam de communi contra gloss. testatur, Vant. de nullitat. sentent. titul. de nullitat. ex defectu inhabilitat. seu mandat. nu. 41. Ascan. de patr. potest. c. 6. effectu 4. num. 13. Suárez de Paz in praxi 1. part. 1. tom. 2. tempor. nu. 20. Menoch. qui alios citat de recuperand. possess. rem. 15. num. 316. Thom. Valasc. allegat. 20. num. 16. tom. 1. Quam sententiam indubitanter probat tex. quem Bart. & alij post eum pro illa allegant, in l. 4. versic. Actionem ff. de castrens. pecul. probatur etiā ex l. 2. C. eod. tit. lib. 12. vbi castrensis peculij alienatio absque patris voluntate filio permissa traditur; quia qui potest rem alienare, super ea in iudicio stare potest, vt & è contra l. ait prætor, versic. Quid si autem ff. de iur. deliber. pro regula ponit Gam. decis. 77. nu. 2. quę intelligitur in ijs qui nomine suo agunt, secūdùm Bart. in l. 1. num. 1. C. de bon. matern. Denique, illa etiam ratione sententia prædicta comprobatur, quia filijfamil. in castrensibus, vice patrumfamil. funguntur l. 2. ff. ad Macedon. Et quod in causa castrensis peculij dicitur, quòd filiusfamil. absq; patris consensu, in iudicio stare possit, in causa quasì castrensis æquè traditur à Bart. & alijs de quibus sup.

49. Vnde, pro fructibus beneficij, quia, quasì castrensis peculij esse, censentur, poterit filiusfamil. stare in iudicio, & agere sinè patris cōsensu, vt probat tex. in c. final. in fin. de iudic. lib. 6. quem allegat Bart. in d. § necessitate, nu. 2. in fin. & nu. 12. & in d. l. filiusfamil. in fin. tradit Paul. in d. §. necessitate, nu. 4. Vant. d. num. 41. in princip. Ascan. d. effect. 4. limit. 5. Suarez de Paz d. nu. 20 Menoch. d. rem. 15. nu. 319. cum duob. sequentib. vbi hoc vno ore ab omnibus receptū ait; diuersa tamen ratione id tradit, nempe, quia in spiritualibus patria potestas non consideratur, vt annotant omnes in d. c. final. Valasc. d. allegat. 20. nu. 13. Similiter, filijfamil. aduocati, & studiorum magistri, mercedes, & salaria sibi debita, irrequisitis parentibus in iudicio petere possunt, sunt enim hæc, quasì castrensis peculij, & castrensis peculij priuilegio fruuntur l. final. C. de inoffic. testament. Et hęc quidem tam nouiori, quàm antiquo iure procedunt, quo castrensia, & quasì castrensia, pleno iure filijsfamil. acquirebantur l. 1. §. nec castrense ff. de collation. bonor.

50. Præterea, pro aduentitijs in quibus pater vsumfructum non habet, stare filiusfamilias hodie in iudicio potest absque illius consensu, vt tenet Bartol. Otton, glossatorem antiquum secutus in l. final. § necessitate, num. 2. C. de bon. quæ liber. cuius sententiam communiter sequuntur Moderni, vt ait Imol. in l. final. §. pupillus, col. final. versicul. An autem ff. de verbor. obligat. vt veriorem, & cōmuniter à Doctorib. approbatam sequitur Angel. in §. actiones, vbi quæstionem hanc examinat col. penult. & vltim. instit. de actionib. latè Paul. in d. §. necessitate, num 3. & 4. Vant. de nullitat. titul. ex defectu inhabilitat. seu mandat. num. 41. Foller. in addit. ad Maranth. de ord. iudic. 4. part. dist. 16. post nu. 30. Ascan. d. effect 4 nu. 13. & secundùm eam decisum fuisse pari voto per iudices magnæ curię vicariæ, testatur Afflict. decis. 180. in fin. quam ex alijs ab eo relatis communiter receptam tradit Barbos. in l. 2. § quòd si in patris, num. 19. ff. solut. matrimon. & in l. 3. (quam simul cum

cum 4. explicat) num. 3. eod. titul. vbi latè prosequitur.

Contrariam tenuit glossa final. in l. si longiùs §. si filiusfamil. ff. de iud. & in d. §. necessitate, in gloss. magna, & cõmuniter Glossatores antiqui, vt ibi fatetur Bart. d. nu. 2. in princ. Quã sententiam communem dicit, & probat Bald. ibid. col. 2. versicul. Quæro nunquid, per tex. in c. final. in fin. de iudic. lib. 6. per quem tex. ait, sententiam hanc hodie expressè probari, qui tamen à Bart. & alijs pro contraria adduci solet. Eandem gloss. sentẽtiam contra Bart. & cõmunem Modernorum sequitur Paz in praxi d. 1. tom. 2. tempor. num. 17. latè Menoch. d. rem. 15. á nu. 309. cum sequentib. Azeued. l. 10. titul. 17. lib. 4. nou. recopil. nu. 15. & consuetudine generali sententiam hanc approbari, testatur Franc. in c. si annum §. final. num. 4. versic. Item, de iudic. lib. 6. citatus á Tusch. practic. conclus. iur. 3. tom. conclus. 363. sub lit. F. nu. 8. & apud nos, seruari debere, propter Accurs. authoritatẽ, ex Ord. lib. 3. tit. 64. §. 1. asserit Th Valasc. d. allegat. 20. n. 11. Cuius sentẽtię Authores mouentur per tex. in d. §. necessitate, vbi est casus de bonis aduentitijs in quibus pater vsumfructum non lucrabatur, & tamen filio agenti in iudicio assentire compellitur; vnde inquiunt, filiumfamil legitimam personam standi in iudicio non habere, & ad illam reintegrandam patris cõsensum requiri.

51. Ex quo consequenter autumant, ab initio litis, vel incontinenti consensum patris filio pręstari debere, & non sufficere, quòd postea interueniat; sic enim generale est, vt cùm consensus alicuius requiritur ad actum ab altero gestum solennizandum, debeat in ipso actu, vel statim post interuenire, nec postea subsecutus retro trahatur, actũquè reualidet. Et ita in proposito cum gloss. in l. si quis mihi bona §. iussum, verb. perfecto, tenet ibi Bart. prope fin. & cõmunis opinio teste Ias. ibid. nu. 20. communem etiam tradunt, & sequuntur Vant. d. tit. de nullitat ex defectu inhabilitat. seu mandat. nu. 44. Barbos. d. l. 3. nu 8. & 9. Et quidem mira est varietas Scribentium in hoc articulo; cùm, & qui aliâs probant, consensum patris filio litiganti necessarium non esse, pro solennitate iudicij illum ab initio interuenire debere, affirment; quod contigit Bart. in d. §. iussum, Vant. & Barbos. de communi testantibus post Ias. d. num. 20. Cuius contrarium determinatum fuisse per sacrum Concilium cum voto magnæ Curiæ, nempe, quòd sufficiat patris consensus adhiberi in quacunque parte iudicij, testatur Afflict. d. decis. 180. Vbi contrarias in hoc opiniones adducit; & posteriorem hanc amplexus est Bart. in d. l. final. §. necessitate, num. 11. contra glossam ibi, quam sequitur ibid. Bald. colum. 5. num. 17. ex eo, nempe, quia cum gloss. tenet, patris consensum, ad integrandam filij personam in iudicio requiri; quo stante, in hoc quoque gloss. opinio stabilis erit, secundùm Bart. d. nu. 11. Quarè, vera istius quæstionis resolutio pendet à præcedente; in qua cum Bart. & communi post eum, censeo.

52. Nec me mouet tex. in d. cap. final. in fin. de iud. lib. 6. qui in hac quęstione, vt expressus pro hac, & illa sententia, à Bart. & Bald. affertur; quem, magis puto, pro neutra debuisse afferri, vt qui ad pręsentẽ quęstionem non pertineat, sed ad illã potiùs, in qua de quasi castrensi peculio quæritur; loquitur enim tex. ille de lite circà beneficialia, ac dependẽtia ab illis; quæ quasi castrensis peculij iure censentur; vt aduertit Paul. in dict.

§.necessitato,nu.4.circà princ. idcircò libera in illis filio competit potestas tam in iudicio,quàm extra,& secundùm ius antiquum,vt tradidimus sup. Aduentitiorum veró,tametsi pater in illis vsumfructum non habeat, diuersa causa,& ratio est.

53. Affert etiam pro sua sententia Bart.& alij post eum, tex.in Auth. vt lic.matr.& auiæ, in princip. collat. 8. qui pro illa non ita stringit; quod enim ibi, filiofamil.de re illi donata, aut relicta sub conditione, ne patri vsusfructus in illa quęratur, libera disponendi facultas commissa traditur,salua litera intelligi potest de dispositione extraiudiciali, & non de iudiciali, ad quam, respondebunt gloss. Sectatores, quòd filius sub potestate patris constitutus, aliunde iure prohibetur quia legitimam ad id personam non habet;sicut & tex.idē, etsi generaliter loquatur, de dispositione intelligitur, quę fit peractus inter viuos, & non de testamentaria,secùndùm receptissimam ferè omnium sententiam,quam scripsimus in commentar. l.1. C.de sacrosanct.eccles. 1. part.§.7.nu.5.

54. Superest ergo,vt Bart. & cōmunem sententiam ratione illa tueamur,quia filiusfamil.standi in iudicio capax est, longèquè conditio illius distat á serui conditione, vt contra Menoch. de recuper. possess. rem 15. num.298. qui pro contraria sententia quam tuetur, de seruo ad filium sub patria potestate positum argumentabatur, expendit Barbos. d. l.3. num.5. ff.solut.matrimon. idem Barbos. in l. si longiùs §. si filiusfamil. num. 80. ff. de iud. quia filius, cùm conuenitur, stare in iudicio potest, vt fatentur omnes per l. tam ex contractibus ff.de iud. l. noxali, cū duab. sequentib.ff.de noxalib. act. l. filiusfamilias 2. ff.de obligat. & act. item, & vt alterius procurator stare in iudicio potest c.non iniustè, de procuratorib. d. l. tam ex contractibus, in fin. l. filiusfamil. versicul. Ipse quoque ff. de procurat. quod Bart. ibi intelligit,etiam irrequisito patris cōsensu, aduersùs gloss. in d.leg.final.§. necessitate Cod.de bon.quę liber.in gloss. magna versicul. Item si procuratorio nomine,vbi tenet,filium procuratorio nomine agentem, patris consensu egere. Sed Bart. sententia verior est, & expressa Summ. Pontificis authoritate comprobata in cap. qui generaliter §.1. de procuratorib. libro 6. quam etiam tenuit idem Bart. in dict.§.necessitate,numero 5. vbi dicit, ita tenere omnes Doctor. aduersùs gloss. quod item refert, & tenet Ias.in leg. quæsitum, numero 3. ff. de in ius vocand. sequitur Tiraq. qui glossas alias,& Doctor. alios ad idem citat, de legib. connubialib. gloss.5. num.174. Menoch.d.rem.15. numero 107. in quo filius differt à Monacho,qui,sinè Abbatis sui licentia procurator alterius esse, nequit cap.2.de postuland. cap. monachi in 2. 16. quæst.1. Clem. Religiosus, de procurator. vbi probatur, quòd nec alium substituere potest ex potestate sibi ad id commissa; seruus autem, nec procuratorio nomine in iudicio esse potest nec suo,etiam de domini consensu,vt per Barbos.d num.5 Et sic apparet,quód multùm á filio differt, quem,ex prædictis constat,standi in iudicio capacem esse,& consequenter, patris consensum, ad integrandam personam illius necessariū non esse, solúmquè, cùm exigitur, propter ipsius patris præiudiciū exigi,quod cùm non consideretur in aduentitijs in quibus ille vsumfructum non habet, in causa illorum poterit filius inconsulto patre agere in iudicio,vt Bart.& communis vult.

55. Tota

55. Tota difficultas consistit in respondendo ad tex. in d. §. necessitate, quo nititur contraria gloss. sententia: ibi enim est casus de aduentitijs pleno iure ad filium spectantibus, & tamen patris consensus, vt necessarius illi ad iudicium, exigitur. Cui Bart. ibi d. num. 2. Otton. secutus respondet, casum ibi esse de aduentitijs, in quibus patri non quærebatur vsusfructus, quia ille repudiauerat, & in signum repudiationis, illius consensum requiri, ita vt, si de renuntiatione vsusfructus aliunde legitimé constaret, consensus paternus filio litiganti non esset necessarius; sic intellecto, ac limitato tex. in d. §. necessitate. Qui quidem intellectus non placet Barbos. nostro d. l. 3 vbi nu. 7. quæstionem resoluit cum distinctione ad intellectum illius tex. distinguit enim inter aduentitia bona, in quibus patri nunquam quæri potuit vsusfructus, quia fortè sub hac conditione filio donata, relictaue fuissent; & inter ea in quibus vsusfructus quęri patri potuit, non tamen quæsitus fuisset propter tacitam, aut expressam illius renuntiationem; & in primo casu resoluit, quòd filio agenti patris consensus necessarius non est; in quo cum Bart. ac communi conuenit: in secundo veró, patris consensum requirit, & intelligit tex. in d. §. necessitate; in quo à communi in eo discrepat, quòd secundùm eam, in hoc quoque casu, patris consensus necessarius non est, præterquàm in signum repudiati vsusfructus, adeó vt, si de repudiatione aliunde constet, paternus consensus excusetur in casu isto, vt in altero, vt explicat Bart. quem communis sequitur, in d. §. necessitate, num. 2. sic accipiens tex. ibi: at verò secundùm Barbos. patris cõsensus, in posteriore hoc casu necessarius est filio agenti, non quidem in signũ repudiationis vsusfructus, cùm, etsi de repudiatione aliunde constet, debeat nihilòminus patris consensus interuenire, secundùm eum d. leg. 3. num. 7. qui casum hunc, vt mixtum considerat inter illum in quo vsusfructus bonorum pertinet ad patrem, quo casu, quia legitimus administrator est, ille solus agere, & suscipere actiones potest (quod quidem ab illo obiter dictum, sic simpliciter acceptum, sinè dubio, ac controuersia magna non transit, vt inferiùs quæstione sequente apparebit) & illum in quo ad patrem non pertinet vsusfructus, nec pertinere potuit, quo casu liberũ actionum exercitium filio competit: inter quos casus vt mixtum reputat, & vocat casum, in quo ad patrem nõ pertinet vsusfructus, quæri tamen illi potuit, vt est repudiationis casus, & in hoc, quasi inter illos mixto, seu medio, mediam viam, inquit, sequutus videtur Iustinian. in d. §. necessitate, decidens, ius quidem agendi, & suscipiendi actiones penes filium residere, non tamen liberè, sed adhibito patris consensu. Atque ita vir apprimè doctus quæstionem ancipitem resoluit, & intelligit tex. in d. §. necessitate, sic planè sentiens, filiumfamilias legitimam personam habere standi in iudicio, nec ad integrandam personam illius, patris consensum requiri, quod latiùs prosequitur, & confirmat ibid. ex num. 4. versicul. Succedit igitur; in quo à gloss. deuiat, & Otton. ac Bart. Sequacibus adhæret. Quibus, ego, & in casu, quem ille, vt diuersum, seu mixtum considerat, patris consensum in eo necessitate legis requirens, adhærendum fore, censeo ex ratione quam ille cum cõmuni comprobat, quia filius legitimam personam habet standi in iudicio, quæ in casu illo æquè locum sibi vendicat, nec in eo vllum patris præiudi-

cium vertitur, cuius euitandi causa, consensum illius præcisè requirere debeamus.

56. Et ad tex.in d. §. necessitate, Bart. & communis intellectus est tenendus, qui non diuinat ad tex. ibi, vbi casus est de aduentitijs, in quibus patri non competebat vsusfructus propter repudiationem illius; nec violat verba illa, *necessitate per officium iudicis patri imponenda tantummodò filio consentire vel agenti, vel fugienti*, quæ, salua proprietate sermonis, de necessitate causatiua intelliguntur, vt, inquam, filio litiganti pater necesse habeat consentire in signum repudiationis, ne alioquin filius ab agendo repellatur, & pater suscipere actiones cogatur, dum lis super aduentitijs agitatur, quorum ipse secundùm leges legitimus est administrator, & vsumfructum habere creditur quandiu de repudiatione illius non apparet. Qui sensus ex eo confirmatur, quia paterni consensus necessitas de qua ibi, non solùm dicitur in filio agente, sed etiam in fugiente: porrò, cùm filius conuenitur, non est necesse, patrem illi assentire, ad iudicij stabilitatem, quod redditur in inuitum l. inter stipulantem §. 1. ff. de verbor. obligat. quod ergo dicitur, necessitatem patri per iudicis officium imponendam filio consentire, vel agenti, vel fugienti, non est intelligendum de precisa necessitate consensus, quasi sinè illo filius nec agere, nec suscipere actiones posit, sed de causatiua, vt explicuimus. Et quod subditur, *ne iudicium sinè patris voluntate videatur consistere*, non importat, in casu de quo ibi, sinè patris consensu iudicium verè esse nullum, sed, nullum videri; tale, namque, videretur, cùm super aduentitijs ageretur, nec appareret, patrem in illis vsumfructum non habere, vt solus filius agere posset.

57. In eo verò conueniunt omnes, quòd in præparatorijs iudiciorũ, patris consensus nunquam requiritur; tradit Vant.titul de nullit. ex defectu inhabitat. seu mandat. num. 44. in fin. & sequenti. quod etiam in muliere coniugata, vt sinè mariti licentia, quæ aliàs requiritur, præparatoria iudiciorum exercere posit, tradidit Azeued.in l.2. num.108 titul.3.lib.5. secutus Castill. ibi num.34. ab eo relatum. Vnde poterit filius offerre libellum, & facere, citari aduersarium ad interrumpendam præscriptioné, absque consensu patris, etiam stante opinione quæ illum aliàs in lite á filio mota exigit, secundùm Bald in l.1. 3. opposit. C. qui admitt. quem refert, & sequitur Ias. in l. si quis mihi bona §. iussum, num. 20. in fin. ff. de acquirend. hæreditat. qua etiam ratione, procuratorem ad iudicium inconsulto patre constituere, potest. & agere alia quæ litis contestationem præcedunt, vnde iudicium incipit, secũdùm gloss 2. in l. si is qui Romæ ff. de iudic. & gloss. 1. in l. iudicium, eod. titul. & in l.1. C. eod. cum alijs de quibus Maranth. de ord. iud. 6 part. in princip. num.2. quas sequitur, & communiter receptas tradit Paz in praxi 1. tom. annotat. 1. num. 35. cum sequentib.

58. Sciendum etiam est, quòd, cùm filiusfamil. minor 25. annis est, & sinè patris consensu in iudicio stare potest, siue circâ castrensia, aut quasi castrensia, aut aduentitia in quibus pater vsumfructum non habet, iuxta præcedentem Bart. & communem sententiam, semper, inquam, quando nomine suo conuenit, aut conuenitur in iudicio, & minor est, curatorem illi ad litem dari, oportet, iuxta sententiam gloss. magnæ versic. Item si est minor, in l. si longiùs §. si filiusfamil. ff. de iud. quam sequitur ibi

ibi Bart. prope fin. & alij, Paul. in d. §. necessitate, num 4. versicul. Aut patri non competit, Vant. d. titul. de nullit. ex defectu inhabilitat. seu mandat. num. 42. Foller. ad Maranth. de ord. iud. 4. part. titul. iudicium validum, & inualidum, nu. 32. Quod apud nos in practica seruari etiam cùm lis est super aduentitijs in quibus patri competit vsusfructus, testatur Valasc. de partitionib. c. 7. num. 42. ad fin. & sequenti consulit, post Speculat. & alios ab eo relatos, quòd, etsi adsit consensus patris, filiofamil. minori detur curator ad litem, omissa, distinctione Bart. in l. final. § pupillus, in fin. ff de verbor. obligat. vbi distinguit inter litem agitatum cum filio minore super re ex qua patri acquiri aliquid potuit, vel vsumfructum habere, & super re ad patrem nullatenus pertinente, vt cum lis est cum filio super actione personali, aut criminali; in primo enim casu, patris authoritas sufficit, in secundo vltra eam dandus erit curator filiofamil. minori, secundùm Bart. in d. §. pupillus, in fin. vbi hęc mente tenenda monuit, sequitur Perez in l. 1. tit. 4. lib. 3. Ordinament. col 891. in medio, quem refert Azeued. l. 10. titul. 17. lib. 4. num. 6. vbi & in sequentib. articulum hunc prosequitur, quem ita resoluit cum Bart. & communi, vt ibi per eum. Apud nos verò distinctio hæc non seruatur, sed semper filio minori curator dari solet, secundùm Valasc. d. c. 7. num. 42. ad fin. vbi Ord. lib. 3. titul. 41. § final. quæ, minori litiganti, vltra tutorem, aut curatorem quem habet, curatorem aliũ ad litem deputari, iubet, indistinctè extendit ad filiumfamil. minorem, patrem legitimum administratorem habentem, in illo quoque legem Regiam practicari, testatus.

Circá quod ego quidem consilium curatoris filio dandi, vt securum libens amplector, quod est simile illi cuius sup. meminimus ad pręcedentem quęstionem, ex Bart. d. § necessitate, in fin. & simile quod tradit Aufrer. ad quęstionem, quam statim subiungemus, in addition. ad Capell. Tholosan. quæst. 105. prope fin. Si tamen omittatur, non ex eo, iudicium, irritum decernerem: quod enim lex quæ à iure communi exorbitat, vt Valasc. ipse agnoscit d. c. 7. num. 44. cum sequentibus, specialiter statuit in minore tutorem, aut curatorem habente, ad filiumfamil. patrem legitimum administratorem litis habentem, de quo non loquitur, non est extendendum; præsertim, quòd non æqua est ratio tutoris, seu curatoris erga minorem, ac patris erga filium suum, de quo lex multò magis confidit; & non valet argumentum de tutore ad parentem legitimum administratorem, vt tradit Pinel. in l. 1. 2. part. num. 67. Cod. de bon. matern. Sentio igitur, gloss. sententiam in d. l. si longiùs §. si filiusfamil. quæ est cõmunis, fore tenendam, cùm filius in iudicio conuenit, aut conuenitur, absque patris legitimi administratoris interuentu: quòd si filio litiganti pater assistat, excusabitur curator, quem nulla lege, in casu isto legimus requisitum, nec vlla ratio, dari, cogit. Et sic est de mente gloss. in d. §. si filiusfamil. iuxta casum de quo ibi; nec dissonat Paul. d. §. necessitate, num. 4. versicul. Aut patri non competit.

59. Sequens quæstio est circá aduentitia, in quibus pater habet vsumfructum. Et tunc licèt ex iure hodierno actio, & commodum ex illa proueniens filij sit quod ad proprietatem attinet, actionis tamen exercitium patri competit, vt tenet gloss. final. in l. si longiùs § si filiusfamil. ff. de iud. & ibi Bart. num. 3. & est concors omnium sententia quã pro-

bat tex. in l. 1. C de bon. matern. & ibi Pinel. in 2. part. à nu 63. vbi de modo agendi, ac libelli concipiendi latè per eum. Quamuis verò exercitium actionis sit patris legitimi administratoris, illam tamen filius nomine suo proprio in iudicium deducere poterit absente patre, sicut & iure antiquo poterat, quando actio ipsa patris erat, illi per filium quæsita, secundùm decisionem tex. in d. l. si longiùs §. si filius, vbi explicat Paul. num. 2. & Barbos. ibi ex num 15. vbi alios refert, quod quidem secundùm ius vetus, difficile est, vt, nempe, filius in iudicio suo nomine agere posset pro illis, quorum actio patri per eum pleno iure quærebatur; sed vtilitatis, seu æquitatis causa receptum sic fuit, vt postea explicabimus. Hodie verò sinè dubio procedit, vt pro aduentitijs actionem suo nomine mouere filius posit consentiente patre, vel illo absente: quia ipsius actio est, ex iure nouiori; tradunt gloss. final. in d §. si filiusfamil. Bart ibi nu. 3 Barbos. nu. 39.

60. An verò pater, pro bonis huiusmodi in iudicio esse posit absque filij consensu, ingens inter Doctores altercatio est, adeo, vt communes inuicem contrariæ proferantur. Cui controuersiæ causam dedit tex. difficilis in l. final. §. vbi autem in vnũ C. de bon. quæ liber. quem Pinel. d. 2. part. l. 1. nu. 66. vbi quæstionem hanc tractat, terribilem vocat, & omni solutione maiorem fatetur pro parte negatiua, quam per illum tex. tenuit Innoc. in c. accedens, num 2. de procurat. & receptiorem Legistarum, & Canonistarum sententiam hanc videri, quicquid alij dicant, scripsit Pinel. d. num. 66. versicul. Vnde si bene attendas; sequitur Gam. secundùm eam iudicatum fuisse testatus decis. 77. num. 3. Cabed. decis. 197. num. penult. 1. part. Valasc. de partition. c. 7. num. 38. qui etiam receptiorem dicit ibi in versicul. Quòd si istam, eamquè de rigore iuris veriorem videri, fatetur Imol. in l. final. §. pupillus, col. 2. versicul. Et adde ff. de verbor. obligat. tametsi, contrariam, communem Legistarum esse, dicat; quam & alij communem fatentur, citati à Pinel. d. nu. 66. versicul. Vnde, Gam. d. decis. 77. num. 2.

Pro qua sententia contra Innoc. vt primus, & principalis Author illius, citari solet Bart. in d. l. 1. num. 1. C de bon. matern. vbi Bald. col. 2. versicul. Quæro, si filius, eam sequitur, & alij secundùm Paul. ibid. num. 2. versicul. Dicit tamen, & Corn. col. 2. post med. vbi dicit communem. Sed quod ad Bart. attinet, in tota lectura illius leg. quæstionem hanc ab eo tactam non inuenio; vt mirum sit, à Nostris, vt partis vnius Coryphæum, illum ibi in ea adduci; quod enim spectat ad quęstionem de qua per eum d. l. 1. num. 1. an, scilicet, pater, in causam aduentitiorum filij, cuius est legitimus administrator, procuratorem posit constituere ante litem contestatam, diuersa est ab ista, in qua quæritur, an, per se, vel per procuratorem ab eo constitutum stare in iudicio, posit irrequisito filio; & ita vt de diuersis, de hac, & de illa agit Aufrer. in addit. ad Capell. Tholosan. quæst. 105. Pinel. d. nu. 66. pręcedente iuncto.

Rursus, pro parte eadem, quòd pater sinè filij cõsensu in iudicio esse posit circá aduentitia quorum ille habet vsumfructum, citatur etiam Bart. in d. l. final. §. vbi autem in vnum C. de bon. quæ liber. quo in loco, quasì hoc ibi clariùs voluisset, citatur à Pinel. d. num. 66. in princip. qui tamen, pro contraria potiùs sententia, prima fronte, citari posse, videtur, in loco illo; ibi enim in versicul. Sed cõtra hoc, verba illa tex. *adhibeatur autem etiam*

etiam filiorum consensus, cum Iacob. de Bellouis. ab eo relato, de consensu tacito interpretatur; quem sufficere, illum secutus tenet Aufrer. ad Capell. d. quæst. 105. versicul. Sufficit tamen: porrò, qui, tacitum filij consensum patri sufficere, interpretatur, non vtique sentit, absque filij consensu patrem in iudicio esse posse circà aduentitia, sed, oppositum magis, iuxta Innoc. pro cuius denique sententia Bart. idem in l. final. §. pupillus ff. de verbor. obligat. expenditur ab Imol. ibi, & Gam. d. decis. 77. num. 3.

61. Ego quidem, antequàm, quid sentiam in quęstione hac ardua, proferam, quid in illa senserit Bart. præmittam. Et in primis in d. l. 1. de illa nihil sensit, vtpotè, quam non tetigit, vt dixi Et iudicium idem sumendum est de Bart. in d. §. pupillus, vbi aliud agens allegat tex. in d. §. vbi autem, sicut & tex. quem simul allegauit, in d. l. 1. C. de bon. matern. idcircò nulla inde elicitur mentis coniectura ad decisionem præsentis quæstionis, quam ibi non tractat. Quod verò Bart. scripsit de tacito consensu in d. §. vbi autem, ad casum de quo ibi scripsisse, videtur, vt in eo, scilicet, quia filius patri, hæreditatem adire, consensit, visus sit consentire, & hæreditarias actiones exercere, & suscipere, vt super eis cautionem de rato habendo præstare non teneatur; & ad hunc quidem consensum tacitum, qui valde remotus est ab actionum exercitio, confugisse videtur Bart. compulsus difficultate tex. ibi, qui, filij consensum adhiberi patri, exigit, sentiens, vtique, vt conijcio, necessarium non fore, pręterquám in casu illo, & tunc quidem tacitum sufficere, & valde remotum á re de qua agitur.

62. Atque ita hoc est Bart. iudicium, pro resolutione præsentis quæstionis, vt de illo conijcio. Et meum quidem cum illo est, quatenus sentit, filij consensum patri legitimo administratori in iudicio necessarium regulariter non esse, iuxta sententiam quæ illi à Nostris communiter ascribitur contra Innoc. tametsi Innoc. opinio, vt receptior tradatur á Pinel. & Valasc. vbi sup. Dissentio verò ab illo, quatenus tenet, in casu d. §. vbi autem in vnum, sufficere patri ad iudicium exercendum, consensum illi á filio pręstitum ad adeundam hæreditatem. Etenim, qui alicui consentit, aut mandat, suo nomine adire hæreditatem sibi delatam, non vtique consentit, vt post illam aditam, in iudicio stare possit circà bona ipsa, & hæreditarias actiones, sed nouus ad id ac specialis requiritur consensus, vt satis exprimit tex. in d. §. vbi autem, cuius verba Iacob. de Bel. & Bart. cum sequentis interpretatione apertè violantur; & ita ab illa recedunt Cyn. & omnes secúdùm Cuman. & Corn. ibi núm. 1. & ad expressum consensum contra Bart. ibi, ponderat Pinel. d. l. 1. 2. part. num. 66. versicul. Cùm autem Bart. Et tamen ibid. in versic. Fateor autem, illius opinionē, æquiorem dicit, & propter eius ęquitatem, ac Bart. authoritatem, cum ea resider, cogitandū relinquens pro intellectu tex. in d. §. vbi autem, quem omni solutione maiorem reputat pro Innoc. sententia.

63. Cum Bart. itaque, teneo, solum patrem legitimum administratorem, in iudicio stare posse, vt probat tex. in d. l. 1. versicul. Parentes C. de bon. matern. quem qui correctum dixerit per d. §. vbi autem, tanquám per leg. posteriorem, ad quam anterior trahatur, iuxta l. non est nouum, cum sequentib ff. de legib hoc saltem negare nobis, non poterit, correctoriam legem, extra casum in quo loquitur, non debere extendi, nec quidem

dem ex paritate, aut etiam ex identitate rationis, iuxta vulgò notata per gloss. celebrem & communiter receptam in Auth. quas actiones C. de sacrosanct. eccles. Vnde, cùm tex. in d. §. vbi autem, specialiter loquatur in casu iudicij circà actiones, & res hæreditarias moti, non inciuile erit, vt in illo duntaxat casu accipiatur, præsertim, cùm, vltra quàm quòd decisio illius correctoria sit, exorbitans etiam reputetur, vt idcircò multò minus debeat intelligi extra casum in quo loquitur, regul. quę á iure communi, de reg. iur. lib. 6. l. si verò § de viro, & ibi Bart. ff. solut. matrimon. Sed, etsi necesse esset, diuersitatis rationem afferre inter hæreditarias res & actiones, & aduentitia alia, vt in illis magis, quàm in his, filij consensus requireretur, non deerit illa quidem, si cōsideretur, hæreditatem filio delatam non posse illius nomine à patre adiri absque illius consensu, de quo Imperat. agit in præcedentibus §. §. eiusd. leg. quibus subnexuit d. §. vbi autem, vbi loquitur de hæreditate adita ex vtriusque consensu, patris, scilicet, & filij, & de ijs quæ inde in iudicio sequuntur, ad quæ filij quoque consensum desiderat, quasì naturam principalis vnde sequuntur, sequi debeant. Atque ita tex. in d. §. vbi autem in vnum, in casu duntaxat hęreditariarum actionum, in quo loquitur, erit accipiendus, in quo demum, & non in aduentitijs alijs, intellexit eum Corn. in d. l. 1 col. 2. ante num. 3. versicul. Sed tu, C. de bon. matern. tametsi hic intellectus Pinel. nostro non placuisset ibi d. num. 66. versicul. Cogitabam etiam, meliorem alium non afferenti.

64. Nunc, institutum prosequēdo, consequenter venit, vt de profectitijs subijciamus, & pauca quidē, cùm sinè controuersia constet, actionis exercitium circà illa patri competere, cuius & actio ipsa est, non filij, & omne commodum inde secutum, tametsi illa ex contractu cùm filio gestò proficiscatur. Idquè tam iure antiquo, quàm nouo, quo, circà profectitia nihil est immutatum l. cùm oportet C. de bon. quæ liber.

65. Sed & actionum quarumdam exercitium, quæ iure antiquo ad filiū pertinebant, de quibus in l. filiusfamil. 8. ff. de obligat. & act. quam sup. explicuimus, non filiofamil. cuius actiones erant, sed patri competebat, vt tradit Paul. in l. si longius §. si filiusfamil. num. 2. ff. de iud. Barbos. ibi nu. 20. & cum relatis ab eo idem Barbos. in l. 3. num. 6. versicul. Item & secundò ff. solut. matrimon. tantùmquè absente patre, & procuratore eius, aut, cùm absentis loco habebatur, actiones illas exercere in iudicio filius familiar. poterat, vt in actione iniuriarum, quæ erat de numero illarum probat tex in l. filiusfamil ff. de procurat. tex. optim. in l. sed si vnius §. filiofamil. & §. final. ff. de iniur. l. si libertus ff. de in ius vocand. d. l. si longiùs §. si filiusfamil. & ibi notat gloss. final. in princ. Bart. & Paul. vterque num. 2. Paul. in d. l. final. §. necessitate, num. 4. C. de bon. quæ liber. & cum relatis ab eo tradit Barbos. in d. l. 3. nu. 6 d. versicul. Item & secundò, & d. l. si longius § si filiusfamilias nu. 21. & sequenti.

66. Quod tamen difficultatem patitur ex eo, quia non solùm ex specialibus illis actionibus quæ filiofamil. acquirebantur, quæ notantur in d. l. filiusfamil. 8. ff. de obligat. & act. & in l. in factum, eod. titul. Sed ex alijs etiam, ex causis alijs proficiscentibus, vt putà, ex mutuo, & mandato experiri filius poterat absente patre, vt probat tex. in d. l. si longius §. si filiusfamil. & in l. cùm filiusfamil ff. si cert. petat. tradit Paul. in d. §. necessitate, num.

num.4.versicul.Interdum; & sic nihil in iniuriarum actione, & specialibus illis quæ filio dabantur, speciale inuenitur circà exercitium earum, si nō aliàs ab illo intentari possunt, quàm patre absente; id enim, & ad alias æquè illi competit, ac iure antiquo competebat, ex d.§ si filiusfamil. Et reuera ita est, quòd circà exercitium actionis, nulla specialitas in illis versatur; sed specialitas stat in eo, quòd actiones de quibus in d. l. filiusfamil. in princip filio competunt, & directæ quidem, vt cum gloss. & Bart. ibi, sup. tradidimus, exercitium tamen illarū, sicut & emolumentum omne inde proueniens, patris erat; illo tamen absente, aut pro absente habito, exercere actiones illas filius poterat æquitatis causa, ex ratione tex. in d. l. si longiùs §. si filiusfamil. & tunc quidem, vt suam, & directò sibi competentem suo nomine actionem exercebat. Quia verò eadem ratio, & æquitas idem ius suadebat in actionibus proficiscentibus ex alijs filiorum contractibus, vel delictis in illorum personam commissis, & illis quidem filius suo nomine experiri non poterat, quia non pertinebant ad eum, sed ad patrem, cui ex contractu ipso, seu delicto fuerant illico acquisitæ, vtilis in persona illius introducta est actio, qua agere in iudicio possit. Atque ita differentia stat in eo, quód in specialibus illis causis directas actiones filius deducebat, in alijs verò vtiles, has tamen & illas non, nisi in absentia patris, iuxta d.§. si filiusfamil. Vbi, hanc inter has, & illas differentiam, post gloss. final. ibi, notat Bart. num.2. sequitur, & explicat Paul. ibid. num.2. Fulgos. Iacobin. & Barbos. qui illos retulit, ibid. nu.22.

67. In omnibus verò, quia ex contractibus cum filio celebratis ortę erant, nomine suo agebat filius, idcircò cautionem de rato præstare non tenebatur, vt probat tex. & ibi gloss. in l. lex Cornelia §. in lege ff. de iniur. Doctor. in l. cùm filiusfamilias, vbi Ias. nu.5. in princip. ff. si cert. petat. Paul. d.§. si filiusfamil. num.2. Barbos. ibi num.16. & 21. Quam cautionem præstare tenetur, cùm agit ex contractu cum patre gesto, in absentia illius tāquàm coniuncta persona, iuxta l. sed & hæ ff de procurat. & ita obseruat gloss. verb. nec cauere, in d. l. lex Cornelia §. in lege, Paul. d. § si filiusfamil. num.2. Barbos. ibi nu.4.

68. Nec obstat prædictis tex. in d.§ si filiusfamil. dum loquens in depositi actione à filio exercenda in absentia patris respondit, vtili iudicio eum agere posse, cùm illa sit de numero memoratarum in d. l. filiusfamil. 8. quæ filio directè competunt, vt tradidimus; de quarum etiam numero est actio iniuriarum, circá quam idem æquè ex Iuliani sententia respōdit Vlpian. in d.§ si filiusfamil. versic. Nam & Iuliano; vnde magis augebatur difficultas, cùm non semel tantùm eo in loco scriptum sit, vtili iudicio posse filium agere ex ijs caùsis, ex quibus directas illi actiones competere, tradidimus per d. l. filiusfamil. iuncta gloss. Bart. & communi interpretatione, de qua sup. Quam difficultatem duobus modis soluit glossa in d. §. si filiusfamilias, verb. vtili; sed prima solutio literam apertè violat; secunda, quæ communiter recipitur secundùm Ias. in d. l cùm filiusfamil. num.5. vt, scilicet, verbum, *vtili*, exponatur, pro *efficaci*, non ita literę applaudit, & diuinatoria vtraque est. Vnde omissa glossa, duos alios intellectus præstitit Barbos. ad tex. ibi in d. §. si filiusfamil. ex num.25. quorum primus id in effectu concludit, vt vtilis iudicij appellatione nō intelligatur vtilis actio, prout in iure regulariter accipitur ad differen-

differentiam directæ, & vt illi opponitur, sed potiùs actio inter quam, & directam, quoad effectum nihil intersit, quia eandem, quam illa, affert vtilitatem. Qui intellectus nihil differre videtur â gloss. expositione, de efficaci actione interpretantis; præterquám, quod id quod supponit de antiquitate iudiciorum ordinariorum quæ sub certa verborum formula cõcipiebantur, quorum loco, inquit, extraordinaria constituta fuerunt, in quibus, prædictis formulis non vtebantur, & nihil in illis intererat inter actiones directas, & vtiles, de quibus extraordinarijs iudicijs quæ successerunt in locum ordinariorũ tex. ibi accipit, & in d. l. cùm filiusfamil. diuinatorium est, & à mente Iurisců sulti vtrobique alienum. Qua etiam nota laborat secundus Barbos. intellectus quem tradidit num. 33. interpretans vtile iudicium, de quo ibi, & extraordinarium de quo in d. l. cùm filiusfamil. pro extraordinario ratione temporis in quo exercebatur; fiebant enim statutis temporibus generales conuentus in quibus iudicia exercebantur; quę propter moræ periculum in his non expectabantur, & ideò vtile, seu extraordinarium iudicium vocabatur, ratione, scilicet, temporis. Sed hoc ad vtrumque tex. diuinat, & magis conuenit Iuriscõsulti menti, vt verba illius accipiantur, secundùm communem & vsitatũ apud Iurisconsultos loquendi modum, id est, de extraordinario ratione causæ.

Quarè, pro resolutione difficultatis, & germano illius tex. intellectu, animaduertendum est, aliud esse, filium directas actiones habere ex causis memoratis in d. l. filiusfamilias ff. de obligat. & action. aliud, easdem actiones directas exercere illũ posse: primum enim illi recta via competit simul atque actiones ortæ sunt, iuxta d. l. filiusfamil. secundum non conceditur illi, nisi absente patre, & procuratore illius, & tunc quidem, vtilitatis, & æquitatis causa, ex ratione de qua in d. §. si filiusfamil. Bene ergo stare potest, vt dicatur in vno loco, filiumfamil. actionem directam habere, & in altero, filiumfamil ex actione illa, quam habet directam, vtili iudicio agere posse, id est, iudicio, quod non iure directo, sed extraordinario, vtilitatis, & æquitatis causa introducitur; vt idem Vlpian. ex Scæuola respondit in d. l. cùm filiusfamil ff. si cert. petat. ibi, *extraordinario iudicio esse illi subueniendum*: ex quo tex. intellectus hic non parum corroboratur; quod enim ibi Vlpian. extraordinarium iudicium dicit, vtile vocauit in d. §. si filiusfamil intelligens de actionis exercitio filio competente in absentia patris; & sic verba illa, *vtili iudicio*, semel, & iterum repetita, in d. § si filiusfamil. non de actione vtili, sed de vtili potiús illius exercitio, verè, & propriè intelliguntur. Pro qua interpretatione ponderandum cum iudicio est, Iurisconsult. non dixisse, filium vtili actione agere posse, sed semel, & iterum, vtili iudicio agere posse; sed & illud considerandum est, in illo tex. non solùm in iniuriarum, & depositi actionibus, quæ sunt de numero illarum, quæ directó filio competunt, sed in alijs etiam quę filio conceduntur vtiles in absentia patris, exempla poni; quia verò his; & illis commune est, vt ordinario & directo iure exercere eas, filius non posit, sed extraordinario potius, æquitatis causa inducto, concinnè, & eleganter satis, prout disertissimis viris Iuliano, & Vlpian. par erat, id quod in vtroque actionũ genere commune & æquale decidebant, eodem verborum compendio pariter deciderunt, vtili iudicio posse filium agere, respondentes.

69. Iuxta

69. Iuxta quæ intelligendus est tex. in l. Iulianus ff. deposit. vbi dicitur, filiumfamil. depositi rectè agere posse, sunt enim verba illa, *rectè agere posse*, de actione ipsa intelligenda, quæ, ex causa depositi, directa filio competit, vt explicat ibi gloss. & nõ de actionis exercitio, quod non iure directo, sed cùm ęquitas mouet, filio datur, patre, scilicet, absente, & procuratore eius, vt in d. §. si filiusfamil.

70. Per contrarium verò intelligendus est tex. de vtili actione & exercitio illius, & non de actione directa, in l. in factum ff. de obligat. & actionib. vbi, *In factum actiones*, inquit Vlpian. *etiam filijfamil. possunt exercere*. Circá cuius explicationem anxiè laborant Doctor. quęrentes, quę nam sint illæ in factum actiones, quas filiosfamil. exercere posse, Vlpian. respondit; Rayner. enim, Bart. & Bald. ibi existimant, eas esse, quæ dantur ex edictis, & interdictis Prætorum. Quæ sententia, nimis generalis est, illaquè idcircò displicuit Ias. in d. l. cùm filiusfamilias, num. 5. Contra quam apertè etiam facit d. l. filiusfamil. 8. illo titul. de action. dum specialiter ibi vnius interdicti actio annumeratur inter illas, quæ, filio competere, dicuntur; ex quo, ius idem circá alias quæ ex alijs interdictis descendunt, abnegatum censetur, iuxta regul. l. cùm Prætor ff. de iud. c. non nè, extr. de præsumption. Qua ratione displicet etiam Barbos. intellectus quo multùm ampliat d. l. in factum, & generaliter nimis interpretatur, in dict. §. si filiusfamil. num. 73. Veriùs igitur, ac propriùs, actiones in factum quæ filio tribuuntur Authore Vlpian. in dict. l. in factum, reducendæ sunt ad regulam ab eodem Iurisconsult. edoctam, & exemplificatam in dict. l. si longiùs §. si filiusfamil. vt intelligit, & explicat Alciat. in dict. l. cùm filiusfamil. circá princip. ff. si cert. petat. Pro quo ponderanda sunt Vlpian. verba in d. l. in factum, quatenus ait, filiosfamil. in factum actiones exercere posse; etenim, quotiescunque huiuscemodi actiones æquitate suadente filio conceduntur, quæ, nunc vtiles, nunc in factum, dicuntur, iuxta l. quoties ff. de præscript. verb. §. final. institut. de interdict. cum gloss. vtrobique; tradit Alciat. d. l. cùm filiusfamil. semper, & insimul cum exercitio earumdem conceduntur, vt videre & apud Vlpian. in dict. l. si longiùs §. si filiusfamil. & innuit idem Iurisconsult. in d. l. in factum, vtens verb. *exercere*.

71. Est autem peculiare quiddam in actione dotis profectitiæ filiæ datæ; illa enim patris, & filiæ sub illius potestate constitutæ communis est, iuxta l. 2. §. quòd si in patris, & §. final. & leg. sequenti, iuncta gloss. ibi ff. solut. matrimon. In quo, à reliquis profectitijs secernitur, quæ tam hodierno, quâm antiquo iure patri in solidùm quęruntur; quod verò ad exercitium attinet, regulariter patris est, vt notat gloss. in dict. l. 3. & sic in hoc cum profectitijs alijs conuenit profectitia dotis actio: cum quibus & in illo etiam conuenit, quia exerceri à filia potest in absentia patris. l. filiusfamil. versicul. Sed puto. ff. de procurator. quod pertinet ad regul. tex. dict. l. si longiùs §. si filiusfamil. vt tradit Barbos. d. l. 2. §. final. numero 16. in princip. vbi addit, quód hoc casu debet filia admitti præstita cautione de ratihabitione patris, nam cùm actio, inquit, sit quoque patris absentis, necessaria est prædicta cautio; ad quod citat l. si cùm dotem §. si pater, illo titul. solut. matrimon. qui tex. loquitur è diuersò, in casu quo pater de dote agit absente filia, quo

casu, decidit iuncta gloss. ibi, cautionem de rato necessariam fore, quod itidem probat tex. d. l. 2. §. final. Sed nec apud Bart. in l. si constante, num. 29. eod. titul. quem in eandem sententiam citat Barbos. hoc inuenio. Nec multùm facit, actionem de dote esse quoque patris absentis, vt illius intuitu cauere filia teneatur; si quidem in specie dict. leg. si longiùs §. si filiusfamil. vbi filius vtili actione experitur in absentia patris, cautionem de rato præstare non tenetur, quia nomine suo agit, vt explicat ibi Paul. num. 2. & Doctor. communiter in l. cùm filiusfamil. ff. si cert. petat. & tamen non dubitatur, in specie dict. § si filiusfamil. ac stante generali decisione de qua ibi, directas actiones in solidùm penes patrem residere, præterquàm in certis quibusdam causis de quibus in l. filiusfamil. 8. ff. de obligat. & act. vt sup. tradidimus. Nec etiam aliquis dubitat, commodum â filio obtentum actionibus illis patri illico acquiri debuisse, per regul. leg. placet ff. de acquirend. hæredit. Non ergo, ratio illa, quòd actio dotis, sit quoque patris, concludit, filiam de dote agentem in absentia patris, debere idcircò de rato cauere, cùm, etiam, vbi actio, & omne emulumentum inde prouenìens, patris in solidùm est, & æquitatis causa filio vtilis conceditur cum exercitio illius, cauere non tenetur.

72. Verum nihilóminus existimo, quod scripsit Barbos. dict. §. final. num. 16. in princip. de quo est casus in leg. si cùm dotem. §. soluto, eod. titul. Pro cuius explicatione aduertendum est ad id quod sup. scripsimus ex communi Paul. traditione in dict. leg. si longiùs §. si filiusfamil. nu. 2. post gloss. in l. lex Cornelia. §. in lege, verb. nec cauere. ff. de iniur. vt, scilicet, cùm filius agit propter patris absentiam, differentia sit an agat ex proprio contractu, an ex paterno, primo enim casu non cauebit, quia nomine suo agit; secundo sic, quia tanquàm coniuncta persona, alterius nomine admittitur ad agendum. Quo præsupposito, cùm dos à patre profecta, & actio illius, patris & filiæ sub eius potestate constitutæ sit, dict. l. 2. §. quòd si in patris, & §. final. ff. solut. matrimon. quia, quatenus ad patrem pertinet, non ex filiæ contractu pertinere, noscitur, sed potiùs ex ipso patris contractu quo dotem filiæ constituit, non poterit filia pro dote recuperanda, absente patre agere nomine suo proprio, sed illius nomine quatenus ad illum dos pertinet, idcircò cautionem de rato præstabit in casu isto; quam etiam præstat pater, quod ad filiam attinet, quando illa absente, de dote profectitia quæ illi communis est, agit, dict. leg. 2. §. final. dict. l. si cùm dotem. §. si pater, iuncta gloss. ibi, verb. satisdatio, eod. titul. l. non solùm §. quęritur, versicul. Si de dote, & ibi gloss. ff. de procurator. tradit Barbos. d. §. final. num. 32.

73. Filia item sola de dote agere potest, & ad exactionem illius procuratorem dare, cùm pater, suspectæ vitę est, iuxta d. l. filiusfamil. versicul. Sed puto. ff. de procuratorib. id est, si turpis persona sit, & de dilapidatione suspectus, vt interpretatur Barbos. d. l. 2. §. final. num. 16. versicul. Secundus casus. Vbi tradit aduersùs Alex. in l. 3. col. penult. post princip. ff. solut. matrim. hoc casu filiam ad dotis petitionem fore admittendam, etiam si pater expresè contradicat, vt tenuit idem Alex. sibi contrarius in Auth. quod locum, num. 3. Cod. de collat. cuius opinionem ibi, veriorem dixit

Claud.

Claud.in d.l.3. num.10. Et rationem scripsit Barbos.esse, quia cùm pater, turpis est, & de dilapidatione suspectus, priuatur per ius communione actionis, & tota in persona filiæ consolidatur, idcircò meritò, actione, quę ipsius in solidum est, sola vti potest, vt dixit Barbos.d.§.final.num.16. Vincent. ibi numero 5. & Claud d.l. 3. statim sequenti, numero vndecim. Quod est accipiendũ respectu actionis vtilis, & exercitij illius, vt hoc ob suspectos paternæ vitæ mores filiæ concessum intelligatur, ne aliàs si talis vitæ pater ad agendum admitteretur, aut eius deprauata voluntas ad id expectaretur, ipsius, ac filiæ dos, paterno vitio malè consumeretur. Quarè ęquius, & iustius videri debuit, vtrique prouidere, prout prouisum fuit, dum in prędicto casu soli filiæ agere permittitur, sicut & cùm pater absens est; qui duo casus æquiparantur ab Vlpian. in dict. leg. filiusfamil. versicul. Sed puto. ff. de procurat. Et quidem quoad hoc amborum ratio eadem est, si consideremus, quam ad absentiæ casum scripsit idẽ Vlpian. in d. l. si longius §. si filiusfamil. ff de iudic.

74. Vnde infertur, patrem ob malos vitæ mores partem dotis, ad quam actionem habebat, non amittere, tantùmquè actionis exercitio priuari, in filiam cum actione vtili translato, & de hoc intelligendum fore Vlpian. in dict. leg. filiusfamil. versicul. Sed puto, quatenus, in casu isto, filiæ competere actionem de dote, respondit. Quod non obscurè idem Iurisconsult. probat in l. si cùm dotem. §. eo autem tempore ff. solut. matrimon. vbi, loquens de patre cuius tam turpis persona sit, vt verendum sit, ne acceptam dotem consumat, *Ideoquè*, inquit, *officium iudicis interponendum est, quatenus & filia, & patri competenter consulatur*, sic clarè docens, propter turpitudinem patris, totam dotem filię non acquiri, cùm iudicis officium, quod ęquitatis causa interuenire solet, ad competentem vtriusquè prouisionem interponi debeat. Et denique ęquiparatio illa amborum casuum, imò vna & eadem decisio in dict. versicul. Sed puto, hanc sanè sententiam comprobat.

75. Sed & illud addendum puto, quòd, si pater curatorem habeat, turpitudinis, & prodigalitatis causa illi datum, filia paterni vitij obtentu ad agendum admitti non debeat, sed curator patris, eodem modo quo pater ipse admitteretur sanis moribus restitutus, vt probat tex. d. l. si cùm dotem §. si soluto, qui loquitur in curatore patris furiosi, cuius quoad hoc, ac prodigi dispar causa, ac ratio non est: sicut adiuersò, & filiæ furiosi parentis, qui curatore caret, agere, permittetur; habetur, namque, furiosus, loco absentis l. 2. § furiosus ff. de iur. codicillor. l. vbi non voce §. final. ff. de regul. iur. tex. optim. ad propositum in l. sed si, vnius § filiofamil. ff. de iniur. Sic etiam, etsi pater prodigus, aut furiosus curatorem habeat, qui peregiè absit, agere, filiæ permittetur, vt in dict. § si soluto. l. si cùm dotem. Apparet, itaque, furiosi, ac prodigi, ad id de quo agimus, eandem causam esse, & idem ius, & consequenter, tex. in dict. leg. filiusfamil. versicul. Sed puto, debere limitari, vt non procedat, quando turpi patri, ac de dilapidatione suspecto datus est curator. Pro quo, denique, ponderandum cum iudicio est, Vlpian. ibi loquutum fuisse in patre suspectæ vitę, quasi, scilicet, de illo ageret, qui de dilapidatione suspectus esset, & non de illo, qui curatore ei iam dato, non suspectus, sed vt certus

& manifestus dilapidator habeatur, cuiquè idcircó curatoris datione prouisum extat.

76. Conuenit eiusdem Iuriscō-sulc. tex. in d. l. si cùm dotem § eo autem tempore, vbi, Labeonis sententiam probans, ait, *nec non illud quoque probamus quod Labeo probat, nonnunquã patri denegandam actionem, si tam turpis persona patris sit, vt verendum sit, ne acceptam dotem consumat.* Quibus clarè deprehēditur, Labeonem, & Vlpian. Iurisconsult. non fuisse loquutos vbi turpi ac prodigo patri datus esset curator, cùm nulla dubitatio esse potuisset, hominem curatorem habentem, in iudicio per se, aut per procuratorē ab eo constitutum agere non posse; de quo item cōuenientiùs diceretur, certũ fore, acceptam dotem illũ consumpturũ, quâm verendum, ne cōsumeret. Ex hoc autē, & præcedenś resolutio de nō perdēdo dotis cōmodo, sed exercitio dũtaxat actionis in persona patris suspectæ vitæ, cōprobatur.

77. Nunc postquâm vidimus de actiua actione ex cōtractu filij oriunda, eiusquè exercitio, pro absolutione præsentis articuli restat, vt de passiua videamus, quando, & quatenus cōtra patrem detur. Et pro resolutione, pro regula præmittitur, quòd pater pro filio non tenetur, nec ex contractu illius, l. 1. C. ne filius pro patr. vel pater pro fil. quæ tamen fallit in aliquibus casibus; inter quos frequens in iure nostro est, & principalis, peculij casus, quod filius habet ex volũtate parentis, intra cuius vires pater ipse tenetur ex contractu filij, vt probat d. l. 1. l. si quis cum filiofamil. ff. de pecul. & ferè per tot. illum titul. §. actiones autem, & §. sunt præterea, institut. de actionib. & sæpe alibi.

78. Dicitur autem, actione de peculio patrem teneri, nō quasi, actio de peculio, proprium actionis nomen sit, non enim vlla de peculio nuncupata actio in iure inuenitur, sed dicitur actio de peculio, quasi cognominatio quædam, siue adiectio qualitatis ipsius actionis quæ nascitur ex cōtractu, vt notat gloss. per tex. ibi in l. 3. §. si filiusfamil. vel seruus, versic. Cui congruit, verb. mandati ff. de pecul. quam sequitur ibi Bart. in fin. notabilem, & cōmuniter approbatam dicit Ioan. Baptist. Caccialup. in repet. l. frater â fratre, nu. 12. versic. Et primò scias ff. de condict. indebit.

79. Et hanc quidem actionē, in personā esse, & non in rem, aduersús Antiquiores quosdam probat Bart in d. l. frater á fratre, nu. 26. per tex. in §. in personam, instit. de actionib. & in l. summa cũ ratione, in fin. ff. de pecul. defendit Fulgos. d. l. frater á fratre, n. 36. cũ sequenti; Caccialup. ibi nu. 13. vbi adhoc citat gloss. in l. deposui ff. de pecul. quę est in verb. damnandũ, quã etiã allegauit Bart. in l. 1 n. 12. illo titul. vbi eandem sententiam probat.

80. Scire etiam oportet, actionē istam, quę de peculio in patrē, vel dominũ competit, natiuam esse, ab obligatione, scilicet, celebrati cōtractus, velut â matre natam, vt cōtra Cyn. in l. dominũ, prope fin. C. quod cum eo qui in alien. potestat. est, datiuã asserētem, id est, à nulla obligatione ortã, sed á lege datam, tenet Bart. in d. l. frater à fratre, n. 27. vbi dicit, plures leg. de hoc esse, videlicet, l. 3 in §. si filiusfamil. & in §. Iulianus, & §. sed si filius ff. de pecul. l. depositi, in princ ff. eod. titul. l. 1. §. meritò, ibi, *produci obligationem*, ff. quand. de pecul. act. annal. est, sequitur Ias. in repetit d. l. frater à fratre, num. 32. circà princip. Caccialup. ibi nu. 14. Fulgos. nu. 35. qui tamen addit, quòd, quia summa ope deferēdum est veterum Doctor. authoritati, vt Cyn. saluetur, illius sententia intelligenda est respectu iuris ciuilis,

vt,

vt, scilicet, iure hoc, datiua sit actio, sed iure prætorio, natiua. Vtcunque verò circá hoc res se habeat, illud constat, teneri patrem actione de peculio orta ex filij cõtractu, id est, pro peculio, & intra vires illius. Quod de aduentitio, & profectitio est intelligendum; hoc enim, & illud, Digestorum iure, quo sæpe cauetur, patrem de peculio teneri pro filij contractu, æquè determinabatur, & patri æquè acquirebatur quicquid filius sub potestate illius positus acquirebat, siue ex causa profectitia, siue ex aduentitia acquisitum diceretur, iuxta regul. l. placet ff. de acquirend. hæredit. l. cùm filiofamil. ff. de legat. 1. l. 1. in princip. ff. si à parent. quis manumiss. sit, & est receptissima conclusio, quá latè comprobat, & pluribus ornat Pinel. in l. 1. 1. part. à nu. 9. cum sequentib. C. de bon. matern.

81. Nec obstat, si dicatur, sic euenire, vt pater de eo quod suum pleno iure est, filij contractum implere teneatur, quod, iuris regulis obuiare, videtur; tollitur enim facilè difficultas, si aduertatur, peculium, prout in iure nostro accipitur, vbi dicitur, patrem de illo pro filij contractibus teneri, id esse, quod filius habet permissu parentis sub cuius potestate est, separatum â rationibus paternis, vt filius ipse illo negotietur, l. depositi. §. final. ff. de pecul. vbi ad hunc ferè modum Tuberonis definitio refertur serui peculio assignata: vbi verò de peculio intelligimus prout respicit paternam acquisitionem iure patriæ potestatis inductam, nulla administrandi, seu negotiandi facultas filio in illo competit. Vnde differentia est inter pecuniam patris quæ est penes filium, & inter pecuniam profectitiam quæ ad filij peculium pertinet, vt notauit gloss. magna in d. l. frater à fratre, in princip. Nam pecuniæ patris nullum filius ius habet, nec administrationẽ; profectitię verò pecuniæ, seu peculij, etsi dominium patris sit, administratio competit filio, vt explicant Crott. in repetit. d. l. frater à fratre, num. 31. Caccialup. ibi num. 20. Cùm, itaque, etsi peculij, prout hîc accipimus, dominium patris sit, administratio tamẽ illius filio competat permissu parentis, nulla patri fit iniuria, si de peculio teneatur, ac conueniatur pro filij cõtractibus, quorum gerendorum facultatem ille filio concessit ipsa concessione peculij. Quinimò, si de peculio actio non daretur in patrem propter filij contractum, non esset qui cum filio, peculij intuitu cõtrahere vellet, non magis quàm si non haberet peculium. Hoc autẽ ius, prętorium est, æquitatis causa inductum, vt licèt pater realiter non contraheret, de peculio tamen teneretur l. 1. ff. de pecul. vbi explicat Bart. num. 8. Dec. in l. ex pænalibus, num. 2. ff. de regul. iur.

82. Ex quo Ias. in repetit. d. l. frater à fratre, nu. 32. aduersùs communem sententiam ibi, Hugonem secutus probat, patrem de peculio teneri, ciuiliter & naturaliter: cuius contrarium tenuit Azo, quem refert, & sequitur gloss. magna ibi, in versic. Sed Azo dicit, cuius sententiam probat ibi Bart. num. 28. Angel. nu. 15. ad fin. Fulgos. num. 34. idem tenet Bart. in l. 1. num. 14. cum sequenti ff. de pecul. communem fatetur Ias. d. l. frater à fratre, num. 32. & eam sequutus Caccialup. ibi nu. 17. qui tenent, actionẽm de peculio, á ciuili duntaxat, nõ etiam á naturali obligatione oriri; quam ciuilem, tradunt, naturalis obligationis effectũ habere, aut fictam naturalem propter authoritatem statuentium, vt euenit in sententia iniustè lata, propter iudicis authoritatem. Et communis sententiæ præcipua ratio est, quia vbi deficit consensus, obligatio natu-

ralis dari nequit; & ad patris, ac domini obligationem pro peculio, deficit consensus illorum, qui etiam aliquando inuiti & renitentes obligantur, vt in l. si quis seruum, versic. final. ff. de pecul. Sed Ias. d. nu. 32. & Coras. eum secutus d. l. frater à fratre, nu. 54. qui contrariam opinionem tuentur, respondent, patris, & domini consensum adesse, in ipsa peculij cõcessione præstitũ, tacitè, scilicet, & implicitè, iuxta tradita per Bart. d. l. 1. ff. de pecul. & quæ sup. diximus; quod sufficit ad naturalem obligationem producendam intra vires peculij.

83. Idcircò autem pater, & dominus insolidùm non tenentur, sed intra vires peculij, quia voluntas illa implicita, ad certam peculij summam quam filio pater, & dominus seruo præstat, coarctata est, vltra quã obligari illos ex contractu, cui nullo modo expressè, aut tacitè consenserunt, iniquum esset; tradit Bart. d. l. 1. nu. 8. Crott. & Caccialup. d. l. frater à fratre, vterque num. 16. Quod sic accipiendum est, vt, si peculium à patre, vel domino datum, postea negotiatione filij, aut serui auctum sit, aut diminutum, semper intra vires peculij, & non vltra, pater, & dominus teneantur, crescit enim peculium & decrescit l. peculium nascitur ff. de pecul. Et inde deducitur quod patri, aut domino debetur l. depositi §. final. in fin. eod. titul. §. cùm autem quæritur, institut. quod cum eo qui in alien. potest. est. Filius verò ipse ex contractu á se celebrato non intra peculij vires duntaxat, sed insolidum tenetur, l. si quis cum filiofamil. ff. de pecul. & ibi gloss. tradit Bart. & alij post eum in d. l. 1. num. 17. vbi ad hoc tex. notabilem dicit, in l. tam ex contractibus ff. de iudic. & Scribẽt. in d. l. frater á fratre, Salyc. in l. 2. in princip. & in l. nulla, in princip. per tex ibi C. quod cũ eo, adeò vt & in persona illiùs fieri executio possit, detrudendo eum in carcerem, vt probat l. penult. iuncta l. 1. C. qui bon. ced. poss. tradit Bart. in l. 34. sed vtrum, num. 2. aduersùs gloss. ibi verb. conueniri, ff. de minorib. idem Bart. in l. si dubitetur §. filiusfamil. num. item 2. ff. de fideiussorib. Crott. in repet. d. l. frater á fratre, nu. 15. Coras. in prælud. eiusd. leg. nu. 52. & super tex. num. 69. Quod intellige, patria potestate durante; nam filius ab illa liberatus, pro contractibus, quos sub illa constitutus celebrauit, non tenetur insolidum, sed in quantum facere potest l. 2 ff. quod cum eo qui in alien potestat. est, l. 2. l si ex alio C. eod. Et de hoc infr. dicemus.

84. Hoc autem quod de peculiari patris obligatione diximus ex contractu filij, etiam iure nouo procedit, & circà aduentitium peculium, vbi pater illud filio concesserit in causam negotiationis; tenebitur enim de peculio ex contractu filij, ita vt pro implemento illius fieri posìt executio in proprietate bonorum, quæ filij est, simul cum vsufructu qui pertinet ad patrem, vt probat Bart. in l. si finita §. si de vectigalibus, num. penult. in fin. ff. de damn. infect. cuius sententiam latè defendit Alex. ibi, num. 51. præsertim ex versicul Et primò non obstat, qui pro eadem allegat Bald. in rubr. C. de exercit. act. quem etiam pro illa allegat Ias. in §. actiones, num 13 instit. de action. sequitur Lusitanus noster Mendez de Castro in l. cùm oportet 2. part. num. 136. C. de bon. quæ liber. & secundùm hanc sententiam intelligit Bart. loco citato gloss 1. in l. etsi condemnatus ff. de noxalib. & tex. in l. cùm & filijsfamil. C. qui bon. ced. poss. quem, pro ea dixit, esse rotundum, ibi, *vel quod patre volente possident*. Atque ita apparet, quòd re bene perspecta, nulla diffe-

differentia est inter peculium profectitium, & aduentitium; siquidem & de aduentitio tenetur pater quatenus ad eum pertinet.

Quod verò Caccialup. ait in repet. d. l. frater à fratre, nu. 19. inter hoc, & illud differentiam esse; inquiens, de aduentitio patrem hodie non teneri, licét pro illo conueniri possit vt legitimus administrator, ex l. 1. C. de bon. matern. intelligendum est, quando filius qui peculium aduentitium habet; negotiandi cum eo potestatem à patre legitimo administratore non accepit: tunc enim, si negotietur, & æs alienum inde contrahat, quia nulla in hoc parentis voluntas expressa, vel tacita, & implicita repetitur, non tenebitur pater, sed filius insolidùm ex contractu suo, ita vt pro illo executio fiat in bonis aduentitijs quatenus ad filium pertinent, saluo, scilicet, vsufructu parentis, vt in casu isto tradit Salyc. in l. final. C. de vsur. rei iudic. quem refert Alex. d. §. si de vectigalibus nu. 51. col. 20. & sequitur ibi col. 21. post med. Et ita est tenendum, quanuis Mendez contrarium probet d. 2. part. l. cùm oportet num. 135. existimans, in casu isto nec in proprietate posse fieri executionem pro debito filij, & allegat Bart. d. §. si de vectigalibus num. penult. versicul. Vel meliùs, vbi hoc non dicit, nec alij quos in eandem sententiam citat, sed quòd in tali casu pater ex filij contractu de peculio aduentitio non tenetur, nec illi potest filius præiudicare; quod ego quidem fateor libenter; sed cùm dicimus, in proprietate aduentitiorum filij, executionem fieri debere pro debito illius, saluo semper vsufructu patris intelligimus, cũ rei administratione ita vt antea penes eum manente; ita vt hoc onere affecta proprietas executioni mandetur, absque aliquo patris præiudicio; sicut eueniret in executione facienda pro debito alterius in bonis quorum nudam haberet proprietatem vsufructu penes alium remanente. Et in prędicto casu, si proprietas filij executioni satis non sit, pro residuo fiet in persona illius, vt cùm filius ex contractu à se gesto debitor efficitur, qui non habet vnde soluat; iuxta sup. dicta.

85. Adeò autem actio de peculio quæ dirigitur in patrem, ex consensu illius tametsi velato & implicito procedit, vt illo non pręexistente cesset actio, verbi gratia, si pater filio peculium concesit in certum ac destinatum negotiationis genus; puta, in merces Indicas comparandas; & distrahendas; si enim ille circà alia negotiatus est, & æs alienũ contraxit, tanquàm ex proprio contractu tenebitur, de peculio verò in patrem actio non erit. Cuius ratio est, quia ad contractum á filio celebratum extra causam à parente designatam, cessat interpretatiua illa voluntas, sinè qua, eum obligari, iniquum esset l. quicunque §. non tamen omne, l. sed etsi pupillus §. conditio ff. de institor. act. §. eadem ratione, instit. quod cùm eo qui in alien. potest. vbi ita deciditur circà contractum cum institore gestũ extra causam cui præpositus fuerat.

Et præsens casus ad institoriam pertinet, non ad de peculio actionẽ; in illo, namque, filius, institoris loco habendus erit, quia institoria actio, ab illa quæ de peculio datur, inter alia in eo differt, quòd institoria, sicut & exercitoria, competit contra eum qui aliquem siue sub sua potestate constitutum, siue extra eam, certo negotiationis generi præposuit: de peculio verò datur actio contra patrem, vel dominum, qui filio, vel seruo peculium concesit simpliciter vt negotiaretur nulla determinata specie

negotiationis, vt docet Bart. in l. 1. nu. 9. & 10. ff. de pecul. Caccialup. d. l. frater à fratre, nu. 16. Quapropter, cùm in specie proposita casus sit de patre qui filio pecuniam concessit, vt ea certum negotiationis genus exerceret, pro contractibus ab illo gestis circà negotiationem præscriptam illi, non de peculio tenebitur pater, sed institoria actione. Quæ quidem in solidum datur; & in hoc etiam differt hæc actio, & exercitoria, ab ea quæ de pecũlio est, vt probat tex. in d. l. 1. ff. de pecul. & ibi Bart. d. nu. 9. & 10.

86. Ex prædicta autem ratione, qua, patrem de peculio teneri, diximus, ex contractu à filio celebrato, infertur, illum de peculio non teneri ex delicto, aut quasi delicto filij, quia parentis voluntas, seu consensus in peculij concessione, quoquo modo ad id considerabilis non est, quantumcunque cum libera administratione peculium concessisset; cùm nõ ideo magis, perdendi peculij potestatem concessisse, videatur, l. si filiusfamil. 1. in princip. ff. ad Senat. consult. Macedon. l. contra iuris. §. si filius. ff. de pact. l. filiusfamil. in princip. ff. de donation. Atque ideo, cùm nemo propter alterius delictum puniri debeat, & delicta suos tantùm teneant authores. l. diui fratres ff. de iure patronat l. crimen ff. de pæn. l. sancimus C. eod titul. l. si quis in suo. §. legis. C. de inofficios. testament. consequitur, vt propter filij delictũ ad quod nulla patris modo aliquo interuenit voluntas, non teneatur de peculio, nisi quatenus peculium, locupletius factum est inde, vt probat d. l. 3. § ex furtiua ff. de pecul. l. ex pænalibus, & ibi gloss. & Dec. num. 3. ff. de regul. iur. l. 1 §. si filiusfamil. ff. de his qui deiecer. vel effuder. tenet gloss. magna in fin. in l. tam ex contractibus ff. de iudic. gloss. in l. cum ancilla verb. locupletius. C. quod cum eo qui in alien. potestat. est, vbi quatuor notat casus in quibus datur actio de peculio in quantum est locupletatum, & non in plus. Quando verò, locupletior factus, quis dicatur, & qualiter probetur, tradit Dec. in l. ex pænalibus, num. 4. & 5. ff. de reg. iur.

87. Hinc est, quod propter filij delictum quo incidit in pęnam confiscationis bonorum, profectitium peculium non confiscabitur, vt pro certo tradit Angel. in l. si filius, nu. 3. ff de damn. infect. sequitur Alex. in l. si finita § si de vectigalibus num. 50. eod titul. Lusitanus Cald. in l. si curatorem verb. læsis, num. 119. versicul. Pari quoque C. de in integr. restitut. minor. vbi pręter Angel. & Alex. ad idem etiam refert Crott. Segur. & Suar. in locis per eum citatis, & pluribus citatis communem tradit & sequitur Couar lib. 2. var. c. 8. num 7. versicul. Sic delinquente, Lusitanus Mendeż de Castr. in l. cùm oportet 1. part. num. 59 C. de bon. quæ liber. vbi ad hoc dixit esse tex. expressum in l. 3 C de bon. proscriptor. & communem per eum opinionem, Lusitanus item Gaspar Pegad. in lib. quæstion. fiscal. quęst. 6. num. 5. & post omnes communem omnium sententiam, & verissimam esse, scripsit pluribus citatis doctissimus Tho. Sanch. in præcepta Decalog. lib. 2. cap. 15. quæst. 3. num. 17. Et denique, loquens in confiscatione bonorum propter crimen hęresis, ita esse concordem omnium sententiam secundùm Simanc. de Catholic. instit. titul. 9. num. 80. scripsit Azeued. eam secutus in l. 1. titul. 3. lib 8. num. 211. nou. recopil. Et addit Angel. d. l. si filius num. 3. versicul. Concludo ergo, quòd etsi filius expressam potestatem donandi, & dissipandi peculium à patre accepisset, adhuc nõ cõfiscabitur propter illius

illius delictum, quia appellatione donationis, confiscatio non venit, nec in potestate dissipandi, de delicto cogitatum intelligitur, ne delinquendi materia data videatur; & cum Angel. transit Imol. ibi, sequitur Alex d. §. si de vectigalibus, num 50 & alij quos refert, & sequitur Sanch. d. cap. 15. d. quæst. 3. num. 18. quod est notandum.

Quid verò econtrà, an propter delictum patris, peculium profectitium cõfiscari possit, & debeat, tradit Bart. in l. 3 §. sed vtrum ff. de minorib. & in d. §. si de vectigalibus, vbi Alex. ex nu. 49. Couar. d. c. 8. num. 7. versic. Hinc apparet, Cald. & alij quos refert dict. num. 119. versicul. Hinc non minor, Sanchez d. lib. 2. c. 16. quæst. 3 per tot. Pegad. d. quæst. 6. nu. 5. versic. Econuersò, qui in ead. quæst. nu. 1. ex communi tradit, castrense peculium non publicari, publicatis filij bonis, sed penes patrẽ manere, per l. si filius C. de bon. damnat. de quo Couar. loco proximè citato, & in num. sequenti, circà aduentitium idem tradit pluribus ad vtrumque citatis; & de vtroque agit Azor in institution moral. lib. 2. c. 22. quæst. 7. & 8. tom. 2. Thom. Sanch. d. lib. 2. c. 15. quęst. 1. & 2.

88. Ex quibus difficilis redditur tex. in l. etsi condemnatus, iuncta l. quoties, proximè præcedente, ff. de noxalib. vbi probatur, post condemnationem filij ex causa delicti, patrem de peculio teneri. Qui tex. intelligitur secundùm decisionem tex. in l. 3. §. idem scribit ff. de pecul. vt, scilicet, idcircò post filij condemnationem ex causa delicti, conueniri possit pater de peculio, iuxta d. l. quoties, cum leg. sequenti, quia iam non ex delicto filij, sed potiùs, ex quasi contractu, qui in iudicio celebratur cum filio, conuenti, intelligitur d. l. 3. §. idem scribit; vbi gloss. sic intelligit, & Bart. in l. si finita § si de vectigalibus, num. pen. & vltim. ff. de damn. infect. Angel. in §. sed veteres, nu. 1. in fin. instit. de noxalib. action.

Sed sup. mota difficultas adhuc vrget; si enim ideo ex delicto filij, pater de peculio non tenetur, quia (vt diximus) in causam delicti, administrationem peculij non videtur concessisse, & de peculio pater sinè voluntate expressa, aut tacita obligari nequit; hæc eadem ratio, concludere pariter, videtur, vt nec post condemnationem delicti, ad eam actio de peculio detur contra patrem, qui, vt in causam delicti, peculij administrationem non videtur concessisse, ita cõcessisse non videtur ad exoluendam condemnationem delicti.

89. Pro responsione tamen cogita, si fortè dici possit, ideo post condemnationem filij, patrem teneri; quia dum peculium filio concessit, illius liberam administrationem intelligitur quidem concessisse, non tamẽ ad actus illos, qui natura sua filio sunt damnosi; idcircò, quia delicta, & quasi delicta, natura sua filio nociua sunt, ex illis non datur contra patrem actio de peculio, ex ratione de qua sup. Qua etiam ratione venit, vt ex filij donatione non teneatur pater de peculio: etenim, apud Iurisconsult. filiumfamil. donare, perdere est l. cõtra iuris § si filius ff. de pact. l. filiusfamil. ff. de donation. Hinc etiam est, non valere mutuum, quod filiusfamil. fecit alteri sub patria potestate constituto; cùm enim tale mutuum mutuanti natura sua damnosum esset, si sustineretur, propter Macedoniani Senatuscõsulti exceptionem mutuatario competentem, non intelligitur pater, in causam hanc, peculij administrationem concessisse, l. si filiusfamil. 1. ff. ad Macedon. cùm tamen, si filiusfamil. aut seruus peculiares num-

mos

mos alicui sui iuris mutuo det, ex tacito parentis, aut domini placito in peculij concessione subintellecto sustineatur mutuum, ex quo, qui recepit, efficaciter obligetur, l. 2. §. final. versic. Nec obest. l. rogasti §. final. l. nam etsi fur §. final. ff. si cert. petat. Cùm verò, filio condemnato ex causa delicti, natura sua proficuum esse, appareat, pecuniariam delicti pœnam satisfieri, ne aliàs, qui non luit in ære, in corpore luere, necesse habeat, non temerè credetur, in peculij administratione, quam vtilitatis causa pater filio concessit, hunc quoque casum includi. Atque ita, ex delicto ipso pater quidem de peculio non tenetur, quia ad illud perpatrandum nulla facultas illius, seu voluntas intercessisse creditur, quantumcunque liberam administrationem peculij concessisset, imò & cum expressa donandi, & dissipandi facultate, vt ex Angel. retulimus sup. semper enim dolus, & delictum manent excepta, iuxta regul. l. creditor §. Lucius Titius ff. mandat. quam pluribus exornat Palat. in repet. rubr. de donat inter vir. & vxor. §. 66 num. 26. cum sequentib. tenebitur verò actione iudicati intra peculij vires, quia hoc in filij ipsius vtilitatem cedit, vt à personæ captura, & corporis pœna liberetur; & sic procedit decisio tex. in d. l. etsi condemnatus, iunct. leg. præcedente, vt pater teneatur actione iudicati orta ex quasi contractu in iudicio cum filio celebrato, iuxta d. l. 3 §. idem scribit ff. de pecul. cùm tamen ex ipso delicto, quod iudicio, & iudicato causam dedit, nullatenus teneatur. Plurimùm autem refert, patrem potiùs ex condemnatione delicti, quàm ex delicto ipso de peculio obligari; quia si fortè iudicium morte filij præuentum fuisset, aut aliàs cum eo non moueatur, conueniri pater, nunquam poterit.

90. Vltimò, sciendum est, actionem de peculio in patrem, aut dominum, patria, aut dominica potestate durante, perpetuam esse; illa verò extincta, intra annum, & hunc vtilem, durare, non vltra, l. 1. ff. quand. de pecul. actio annal. est, vbi Vlpian. in versicul. Meritò autem, rationem assignat, vt patria, aut dominica potestate sublata, post annum non perseueret actio; secundùm quam videbatur dicendum, quód, etsi patria potestas perseueret, peculium autem extinguatur, quia à patre filio fuisset ademptum, peculiaris actio contra patrem non duret vltra annum à die ademptionis currentem. Cæterùm, quia, Prætoris verba in casu isto non loquuntur, nec Iurisconsulti Prætoris edictum exponentes in titul. illo, quand. de pecul. actio annalis est, istius casus meminerunt, solùmque comprehendunt casum, quo patria, & dominica potestas in filio, & seruo extinguitur, de hoc duntaxat annalis actio illa erit accipienda, & non de illo, quo peculium adimitur à patre, aut domino, patria, aut dominica potestate perdurante.

91. Hoc autem casu eueniente, ad aliam iuris decisionem in illo scriptam erit recurrendum, de qua in l. sed si damnum §. prætereà, & in l. summa, in princip. ff. de pecul. & in l. 1. versicul. Quid enim. ff. de in rem vers. Quibus probatur, adempto peculio sinè dolo patris, aut domini, peculiares actiones contra patrem, aut dominum statim extingui, tantumquè huiusmodi ademptionem in hoc valere, quantum anni vtilis lapsus post patriam, aut dominicam potestatem sublatam, quæ sic æquiparat Vlpian. in d. l. 1. versicul. Quid enim. ff. de in rem vers. Secundùm quod apparet, meliorem adipisci conditionē, patrem peculium sinè dolo filio adimen-

adimentem, quàm illum è potestate sua liberantem; quod certè nimis difficile, & à ratione alienum videbitur, nisi consideretur, ac mente recolatur ratio, ob quam sup. tradidimus cum Bart. in l. 1. ff. de pecul. & alijs, patrem ex contractu filij teneri de peculio intra peculiares vires; quæ erat, quia in ipsa peculij concessione, tacitus ad id parentis, aut domini consensus reperitur; qui quidem consensus, & implicita voluntas, in ademptionis casum non porrigitur, quando sinè dolo malo peculium adimitur: quod euenit, cùm post concessionem illius, casus aliquis superuenit, qui si tempore quo concessum fuit, præexisteret, aut de illo pater, & dominus cogitarent, à peculij datione abstinerent; alioquin enim, cùm causa talis de nouo non emergat, peculij ademptio, dolosa semper censenda erit, nec illos vnquam excusabit, vt bene probat tex. in d. l. summa, versic. Sed dolum, vbi simpliciter & absolutè dicitur, in ademptione peculij, dolum malum versari, quasi simplex ademptio dolo malo facta censeatur, & illa demum hac labe immunis sit, quæ propter superuenientem necessitatis casum fit, qui, inquam, ab ipsa peculij concessione patrem, aut dominum cohiberet; qui idcircò, adempto peculio, non tenebuntur; iuxta quæ intelligendus est tex. in d. l. 1. versicul. Quid enim, cum sup. citatis.

92. Contra filium verò patria potestate liberatum actio manet, annali termino non coangustata, nec enim in hoc, Prętoris edicto priuilegiatus reperitur; alio verò tunc fruitur beneficio, de quo in l. 2. & ferè per tot. ff. quod cum eo qui in alien. potest. est, l. 2. l. si ex alio. C. eod. titul. l. 3. §. sed vtrum, versic. Proinde. ff de minorib. nempe, quòd, vltra quàm facere posit, non teneatur. Vnde Bald. in d. l. si ex alio, cautelam docet pro filijs mercatoribus, vt in carceres non detrudantur, quam mente tenendam monet, nempe, quòd faciant, se à patribus emancipari, repetit Salyc. ibi cautelam optimam vocans.

93. Hoc autem beneficio non solùm à carceribus filij eximuntur, sed & de eo quod habent, illis relinquitur vnde viuant, ne egeant, secundùm gloss. in d. l. 2. verb. posit, quam sequuntur ibi Bald. in princip. Salyc. num. 4. & communiter Doctor. idquè regulare est in omnibus personis, quę, in id quod facere possunt, damnantur l. in condemnatione. ff. de regul. iur. An verò, illis relinqui debeat, vnde viuere posint iuxta personæ qualitatem, ac statum, an tantùm quod ad victum necessarium est, ne mendicare cogantur, controuertunt Doctor. vt constat ex citatis à Barbos. in l. maritum, num. 5. ff. solut. matrimon. vbi nu. sequenti, magis communem opinionem esse, dicit, vt personæ qualitas attendatur, quam num. 7. sequitur cum moderamine de quo ibi; quod in casu nostro pro filio loquentes tradunt Bald. & Salyc. in d. l. 2. cum quo tamen, quando ex oneroso contractu debitor existat, non ita largè agendum puto, vt cum marito, & alijs, quibus reuerentię causa hoc præstatur beneficium, vel qui ex liberalitate sua tenentur.

94. Dubium verò est, quæ ratio Prætorem mouerit, vt filio, qui ex cõtractu suo in solidùm tenebatur, à patria potestate liberato priuilegium hoc impertiretur, cùm tunc, quasi ad meliorem deueniens fortunam, artiùs obligatione pristina teneri, videretur. Et Bart. in rubr. ff. quod cum eo qui in alien. potestat. est, & in l. 2. §. ait Prætor ff. de capit. diminut. secutus gloss. ibi verb. iudicium dabo, respondet, filium per emancipatio-

nem

nem patria potestate solutum, alium videri hominem, quia pariter capitis diminutionem, & statum murat, & ideo obligationem quam antea contraxerat, postea in persona illius, quasì in homine alio, secundùm iuris ciuilis rigorem non consistere; Prætor verò, ne sic, qui cum illo contraxerat, reperiretur elusus, vtilē aduersùs eum restituit actionem suggerente æquitate, edicto suo de quo in titul. de capitis diminut. præsertim in d. l. 2. §. ait prętor; quam actionem restitutam modificauit postea ėdicto alio, de quo in titul. illo, quod cum eo qui in alien. potestat. est, negot. gest. esſ. dicet. vt in casibus dė quibus ibi in l. 2. contra filium nō competat, nisi in quantùm facere posit, quasì sic, in vno grauatus, in alio releuaretur, iuxta regul. l. eum qui ff. de iureiur. Cui rationi subscribit Salyc. in l. 2. in princip. C. quod cum eo. Illa verò ad casum emancipationis pertinet, secundùm gloſſ. in d. §. ait prætor, & non ad eum, quo filius per obitum patris, potestatem illius exit; ad quem etiam, cùm patris hæres non est, pertinet priuilegium posterioris edicti, & tamen diminutionem capitis non subit l. 3. aliàs 4. §. final. ff. ad Macedon.

95. Sed, & quod ad emancipationem attinet, hodie non ita tutum est, dicere, filium per eam, alium hominē videri; id enim olim securiùs dicebatur, quando emancipatio non nisi per imaginarias quasdam venditiones fiebat, per quas filius ad seruilem causam deducebatur l. liberos § emācipato ff. de capit. diminut. quod hodie sublatum est. l. final. C. de emancipat. liberor. §. prætereà, instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit. Et quanuis cum gloſſ. penult. in d. §. emancipato, & gloſſ. vltim. in §. minima, instit. de capit. diminut. fateamur, etiam hodie minimam capitis diminutionem fieri in filijs emancipatis, vt probatur in d §. minima, non ex hoc dicere cogimur, alios homines illos videri; quod ijs conuenit, qui in seruilem causam semel inciderunt, tametsi ab ea postea restituantur, vt in l. qui res §. aream. ff. de solut. vel qui mediam capitis diminutionem paſsi sunt, quæ per deportationem inducitur. l. ex facto. §. ex facto. ff. ad Trebell. qua ratione, olim emancipatus, alius homo videri posset, quia per imaginariam illā venditionem, in emptoris potestatem redigebatur, á quo deinde quasi seruus illius manumittebatur, vt in d. §. prætereà; quod cùm hodie cesset, etsi capite minutus dicatur, quia familiam mutauit, quod satis est vt capitis diminutio inducatur, d. l. liberos, in fin. principij, non tamen hoc cogit dicere, alium videri hominem, qui in seruilem illam causam, tametsi imaginariam, non incidit; cuius meminit tex. in d. l. liberos. §. emancipato.

96. Quarè, inuestiganda est alia ratio Prætoriani edicti, quæ & emancipationi, & casibus alijs, per quos filius à patria potestate liberatur, ęquè adaptetur; de omnibus enim æquè loquutus est Prætor d. l. 2. in princ. & verſ. Sed etsi ff. quod cū eo. Ex quo (vt hoc obiter annotemus) filius vxoratus, apud nos ex contractibus, quos geſsit sub patria potestate constitutus, conueniendus non erit vltra quám facere potest, quia secundùm leges nostras per matrimonium patriam potestatem exit; qui casus euenire frequenter potest, & est notandus, maximè contra eos, qui res filijsfamil. cariùs vendunt dilata pretij solutione in tempus quo illi matrimonium contrahant: quod non rarò fit; & fieri licitè potest, cùm tempus solutioni adiectum incertum sit, & futuri matrimonij conditionem secum inuoluat.

Ratio

Rationem, itaque, prædicti priuilegij in eo esse, reor, quia filius, secundùm iuris rigorem, in solidùm tenebatur etiam postquàm patriam potestatem exibat, pro contractibus à se antea celebratis; nec enim modus hic reperiebatur inter modos tollendæ, aut minuendę obligationis, idcircò, illo tolli in totum, aut pro parte, pristina obligatio, secundùm ius non poterat.l. obligationum ferè, versicul.Placet.ff. de obligat. & act. Prætor verò, quem, semper æquitate moueri solitum, constat, hunc rigorem temperauit, æquum arbitratus, vt filius quoquo modo patria potestate solutus, in quantum facere posset, teneretur pro contractibus antea gestis, & non vltra; & æquitatis ratio ex parte creditoris consistit in eo, quia, qui cum homine contraxit paupere prout in plurimùm, & habendi bona incapace inspecto illo statu, ex quo propter inopiam debitoris inanis erat actio, non debet, sibi iniuriosum reputare, si aduersùs eum sui iuris effectum, & acquirendi bona capacem, eatenus agere permittatur, quatenus ille facere possit, & non vltra; ex parte verò filij æquum Prætor arbitratus est, ne teneretur vltra quàm facere posset, ne aliâs eueniret, vt à paterna potestate legitimè, ac secundùm leges liberatus, sub duriori aliạ maneret, dum creditor ab eo solidum exigeret vsque ad carceres; cui exactioni etsi antea subiacebat, considerauit Prætor, à patre illi fore succurrendum, ne egestate laboraret, aut in carcerem detruderetur, vel saltem propter acquisitionis ius sibi competens in filio sub potestate sua constituto, quo frui non posset illo carceribus detento.

97. Atque ita, hanc fuisse æquitatis causam, puto, qua prætor moueri potuisset. Quæ, quia cessat tam ex parte filij, quàm ex parte creditoris, cùm obligatio ex delicto descendit, in illa priuilegium, ne filius vltraquám facere potest, teneatur, non est elargitus.l.sed si ex parte, in fin. principij ff. quod cum eo. Quod competit in omnibus contractuum obligationibus, quia in omnibus æquê militat ratio prædicta, tam vbi filius cum peculiari merce contraxit, quâm vbi peculio carens contraxit, & tam vbi iussu patris, quâm vbi sinè eo. l. 2. ff. illo titul. l. 2. Cod. eod. Dubium verò erit, an idem priuilegium sibi vendicet filius cùm ex quasi contractu debitor existit; & quia stricti iuris est, & in contractibus demum scriptum legimus, ad quasì contractus non erit extendendum; præsertim, quòd in illis ęquitatis ratio sup. adducta non ita cernitur ex parte creditoris, cui non est quid imputetur, quasì negotium gesserit cum illo, quem, alieni iuris esse, sciret, aut scire deberet. Qua ratione, in quasì delictis, prætoris edictum multò minus locum habebit.

98. Nunc causas alias prosequendo propter quas pater tenetur ex contractu filij, altera est, cùm filius iussu patris contrahit; vnde contra patrem actio datur, & in solidùm quidem; in quo differt ab illa, quæ peculij causa datur. l. 1. ff. quod iuss. §. 1. institut. quod cum eo qui in alien. potestat. est, & ratio vtrobique scribitur: &, *quod iussu*, dicta est, quia iussu patris gestum est negotium, vnde illa proficiscitur. Quanuis autem pater, cùm filio peculium concedit, liberam facultatem ad contrahendum cum alijs

super re peculiari concessisse, videatur, vt tradidimus sup. non ex hoc tenetur, *quod iussu*, ex filij contractu, sed de peculio duntaxat, quæ non tam pinguis actio est, nam, vt, *quod iussu*, teneatur, necesse est, quòd nuncupatim iubeat filio, siue peculium habenti, siue non, contrahere, aut cum illo contrahi, siue specialiter in vno negotio, siue generaliter in quibuscunque d. l. 1. versicul. 1.

99. Iussus autem, & mandatum, diuersa in se sunt, vt probat tex. in dict. l. 1. versicul. Sed ego quęro, & ibi gloss. verb. quemadmodum. Et differunt in eo, quia mandatum geritur inter personas extraneas, & spontanea voluntate suscipitur §. mandatũ, institut. de mandat. Iussus veró, inter iubentem, & sibi subiectum patriæ, aut dominicæ potestatis intuitu; adeò vt, inter has personas mandatum, pro iussu accipiatur, dict. l. 1. versicul. Sed etsi mandauerit; & per contrarium, si, cum homine libero, aut alieno seruo negotium geri, iubeam, nec, si postea seruum redemero, *quod iussu*, tenebor l. 2. versicul. final. illo titul. sed erit mandati actio, secundùm gloss. ibi.

100. Regulariter verò, personarum habilitate supposita, iussus, & mandatum, in iuris articulis conueniunt, & vnum alteri assimilatur, d. l. 1. versicul. Sed ego, iuncta gloss. ibi. Vnde, sicut mandatum, re integra, contraria voluntate reuocatur, ita & iussus, vt ibi probatur. Similiter, morte soluetur iussus, re integra, vt soluitur mandatum. l. mandatum. C. mandat. §. rectè quoque, versicul. Item si adhuc, instit. eod.

Prętereà, sicut qui de mandato alicuius cum altero contrahit procuratorio nomine expresso, suo nomine non tenetur. l. final. ff. de institor. action. quod procedit etiam si procuratorium nomen non expressisset, sed mandatum præcessisset, quod non ignoraret is cum quo contrahit, vt tradit Bart. in l. qui in aliena. §. si is qui ff. de acquirend. hęred. versicul. Ex hoc responso per tex. in l. sed Iulianus. §. sed etsi ff. ad Macedon. sequitur Alexan. dict. §. si is qui, numer. quint. Alciat. de præsumption regul. 2. præsumption. 24. numero quarto, Barbos. in l. post dotem, numero vigesimo quarto, versicul. Sed hæc saluatio. ff. solut. matrimon. ita filius, qui iussu patris cum altero negotiatur, suo nomino non tenetur, sed demum actio, *quod iussu*, competit contra patrem, cuius fidem, & non filij sequutus videtur is qui cum filio contrahit patrio iussu præcedente, dict. leg. 1. in princip. ff. illo titul. §. prim. institut. quod cum eo.

101. Et non obstat tex. in l. 2. in princip. ff. quod cum eo qui in alien. potestat. est, vbi traditur, æquè filium teneri ex contractu à se celebrato, siue voluntate sua contrahat, siue patris iussu, &, siue peculium habens, siue sinè eo; est enim tex. ibi intelligendus, quatenus loquitur de contractu celebrato, patris iussu præcedente, quando is cum quo filius contraxit, patris iussum ignorauit, quo casu, tanquám cum filio contrahit, & eum sibi obligat, sicut is qui cum procuratore alterius contrahit, & mandatum illius ad secum contrahendum ignorat; tenetur enim procurator nomine suo, quasi cum illo res gesta sit, vt tradit Bart. dict. l. qui in aliena §. si is qui, cuius doctrinam sequuntur relati à Barbos. dict. l. post dotem, num. vigesimo quarto, vbi receptam testatur ex Ruin. in leg. 1. §. nuntiatio, num 83. ff. de nou. oper. nunt.

Vel

Vel etiam intelligendus est tex. in dict. l. 2. quando filius, ad implendum contractum quem iussu patris celebrauit, fidem quoque suam astrinxit; tenetur enim tunc, vt & procurator, in isto casu, iuxta l. procurator qui pro euictione, & ibi Bart. & alij ff. de procurator. & in l. si pupilli §. 1. ff. de negot. gest. per tex. ibi, & communis vtrobique secundùm Socin. cons. 154. in princip. & num. 6. & 7. volum 2. vbi de materia latè per eum. Neque hic, aut ille intellectus ad dict. l. 2. diuinatorius reputari debet ad tex. ibi, quando in eo non quæritur, nec agitur, an filius, ex contractu quem iussu patris gessit, suo nomine obligetur, sed quatenus teneatur in casibus de quibus ibi; & sic supponuntur termini habiles in quibus ille teneatur, ad quæstionem, ac decisionem, quatenus teneatur, quam ibi Iurisconsult. tractat; sunt autem termini habiles ad prædictam quæstionem, eiusquè decisionem, quos diximus, in quibus filius, qui iussu patris contraxit, suo nomine obligatur, & non aliàs regulariter, instar procuratoris; sequeretur enim aliás, eum, qui ad contrahendum nomine alterius, iussus & compulsus venit, deterioris fore conditionis, quàm qui spontanea voluntate venit; quod cum nulla iuris, æquitatisue ratione tolerabile est.

102. Sunt prætereà, exercitoria, & institoria actio, quæ contra parentes dantur ex contractibus cum filio gestis. Sed hæ differunt ab ante dictis, *de peculio*, &, *quod iussu*; quia illę in extraneis personis locum sibi non vendicant, sed in patribus, aut dominis, propter contractus filiorum, aut seruorum, quos sub potestate habent; exercitoria autem, quę ex contractu cum nauis magistro gesto competit contra præpositorem illius; & institoria, quæ datur ex negotio cum institore gesto, aduersùs eum qui illum negotiationi præposuit, etiam ad extraneos porriguntur, §. eadem ratione, versicul. final. institut. quod cum eo qui in alien. potestat. est, qui in vtraque simul loquitur, & in illa probat tex. in l. 1. §. 1. versicul. Cuius autem. ff. de exercit. action. & in ista, l. sed etsi quis, versicul. Parui autem. ff. de institor. Ad vtramque verò id obseruandum præcipuè erit, vt negotium circà illam rem geratur, cui fuerit præpositus is cum quo geritur. l. 1. §. non autem, & §. igitur. ff. de exercitor. l. quicunque §. non tamen omne. l. sed etsi. §. conditio. ff. de institor. d. §. eadem ratione, versicul. Exercitoria, & versicul. Institoria. Et ferè pari passu ambulant in subiecta materia hęc, & illa actio.

In eo tamen differunt magister nauis, & institor; quia qui cum institore negotiatur, non obligat illum sibi, sed præpositorem illius duntaxat. l. final. ff. de institor. tradit Socin. cons. 154. num. 2. volum. 2. post Bart. in l. 1. illo titul. & alios ab eo citatos; qui verò cum magistro agit circà rem nauticam, conuenire ipsum potest ciuili actione ex contractu orta, aut exercitorem, id est, qui illum naui præposuit, exercitoria, d. l. 1. §. est autem, & ibi gloss. ff. de exercitor. Cuius differentię ratio à nauigandi necessitate pendet, quæ maior est, quàm contrahendi cum institore, & maior vsus publici vtilitas in nauigando vertitur, d. l. 1. in princ. & in §. si is qui nauem, versic. Ideo autem; idcircò pinguiùs ibi prouisum fuit, vt & in casu d. § si is qui nauem, ex hac eadem ratione ibidem assignata. In quibus verò actio de peculio differat ab his, tradit Bart. in l. 1.

num 9. & 10. ff. de pecul.

103. Et in num. sequenti differentiam ponit inter actionem de peculio, & tributoriam: quæ in eo consistit, quod in tributoria non prædeducit pater, aut dominus, quod sibi debetur; sed inter illum, & creditores alios tributoria agentes, pro rata portione debiti cuiusque, merx peculiaris distribuitur, vnde tributoriæ nomen accepit, absque pręcipua illa paterni, aut dominici debiti deductione, quæ in actione de peculio venit, l.1. ff. de tributor. act. & ferè per tot. illum titulum, §. introduxit, & §. is quoque, versicul. Tributoria, institut. quod cum eo. Non tamen, vt actio de peculio, ita hæc in totum dirigitur, sed demum in mercem peculiarem, partemue peculij illam, qua filius, aut seruus negotiatur scientibus ijs sub quorũ sunt potestate, & non contradicentibus, l. procuratoris. §. mercis, versicul. Non autem. l. aliquando ff. eod. titul. vnde aliquando expedit, potiùs de peculio agere, quàm tributoria, d. l. aliquando, illo titul. d. §. is quoque institut. quod cum eo. Priuilegium autem deducendi quod sibi debetur, non habet pater, & dominus in hac actione, propter patientiam, quam pręstiterunt negotiantibus illis in merce peculiari, quos sub sua potestate habent, & prohibere poterant; ex quo æquum Prætori visum est, vt æqualem cum creditoribus alijs peculiaris mercis fortunam sustinerent, d. l. 1. in princip. & versic. Scientiam, cum alijs.

104. Differunt præterea actiones prædictæ, quia tributoria perpetuò durat. l. illud. §. final. ff. de tributor. in quo conuenit cum de in rem verso actione, l. 1. ff. de in rem vers. l. ei qui Cod. quod cum eo qui in alien. potestat. est; actio verò de peculio, annalis esse incipit post serui mortem, alienationem, & manumissionem eius. l. 1. ff. quando de pecul. act. annal. est, d. l. ei qui, cum alijs, de quo diximus sup.

105. Alia est etiam differentia inter eas, quia in actione de peculio melior est conditio occupantis (occupare autem videtur, non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam iudicis peruenit, vt dicit Iurisconsult. in l. si verò ff. de pecul. vbi gloss. in actione de in rem verso, & alijs idem annotauit) quod in tributoria secus est, quę non facit meliorem conditionem occupantis, sed æqualem omnium, pro rata, scilicet, eius quod cuique debetur. l. procuratoris §. final. cum leg. sequenti, vbi hæc eadem differentia notatur. ff. de tributor. act. Et ratio illius est, quia qui tributoria agit, hoc demum intendit, peculiares merces in quibus filius, aut seruus negotiatus est, inter se, ac reliquos peculiarium mercium creditores, pro rata cuiusque debiti distribui, vt explicat Imperat. in §. introduxit, institut. quod cum eo qui in alien. est potestat. Ex quo alijs ex eadem causa creditoribus præferri nequit, qui, etsi prior venerit, & ad sententiam iudicis prior peruenerit, secundùm propositæ actionis naturam nihil aliud intendit, quàm æqualem peculiarium mercium distributionem inter omnes seruari. In actione veró de peculio, diuersimodè res se habet, qua, qui agit, aliorum rationem haberi, non intendit, sed sui ipsius duntaxat, de peculio serui sibi solui contendens; idcircò præoccupantis melior est cõditio, quod inter omnes, quibus ex eadem causa debetur, ordinarij iuris est. l. inter eos, cum glossa magna ibi ff. de re iudicat.

106. Est & alia non contemnenda differentia inter has actiones, quã ponit

ponit tex.in l.de peculio ff. de tributor. inquiens, quòd actione de peculio etiam cum emptore serui agi potest, tributoria non potest, vbi gloss. rationem assignat, quia non sic succeditur in scientiam quæ est necessaria ad tributum, sicut in peculium. Pro cuius explicatione aduertendũ est, tributoriæ, vt diximus, tunc locum esse, cùm dominus sciuit, ac passus fuit, seruum in peculiari merce negotiari, quasi sic dominus propter scientiam, & patientiam suam in serui negotiationem adhibitam priuari debeat præcipua illa proprij debiti deductione, qua aliàs aduersùs de peculio agentes vti poterat; quæ scientia & patientia imputari nequit illi, qui postea seruum emit, quia etsi, seruum qui in alterius potestate erat, negotiari, sciuisset, frustra illius negotiationi contradixisset; & ideo emptoris scientia cùm adhuc dominus non erat, nocere illi non debet, quo magis contra eum tributoria agi possit, vt tenuit gloss.in d.l. de peculio, per l. in delictis.§. si extraneus.ff.de noxalib.actionib. Alienato verò seruo cum peculio, quanuis intra annum duret actio aduersùs venditorem si peculij pretium pactus fuisset l. si ex duobus.§.final. cum leg. sequenti ff. de pecul. quia tamen ille peculium ipsum secum fert in potestatem emptoris, contra eum quoque de peculio incipit actio, dict. l. de peculio l.& ancillarum.§. si seruus ff. de pecul. Ex quo Antiquorum quorundam sententia probari videbatur, existimantium, actionem de peculio, in rem esse, & non in personam, quia personalis actionis naturæ repugnat, vt singularem successorem sequatur, l. 1. §. si hæres precepto. ff. ad Trebell. Cui tamen difficultati respondet Bart.in l.frater à fratre, nu. 26. & Fulgos. ibi nu. 37. ff.de cõdict.indebit.contrariã sententiam probãtes, cuius meminimus sup.

107. Præterea, actio de in rem verso, prętoriana quoque est, præcedentium germana, quę ex contractibus filiorum, aut seruorum directò contra illos datur sub quorum sunt potestate. Stricto, namque, iure conueniri directò non poterant ex contractibus ab alijs gestis, tametsi in rem eorum vtilitas inde verteretur, quia iure ciuili obligatio, & actio orta ex contractu, inter ipsos contrahentes spatiatur, ac hæredes eorum, nec personas illorum egreditur. Quia verò, qui cum filiofamil. aut seruo alleno contrahit ita vt commodum contractus in rem patris aut domini vertatur, illorum causa contraxisse, & personas illorum in contrahendo respexisse, videtur, Prætor ęquitate motus, directò in eos actionem prodidit, qua ex filiorum, aut seruorum contractibus conueniri possint, quatenus in rem illorum versum est, quasi, scilicet, illi, personas sibi subditas contrahere, iusserint, & qui cum eis contraxerunt, fidem illorum secuti fuissent; vt, quod in actione, *quod iussu*, exprefsè agitur, in hac, suggerente æquitate, actum subintelligatur, l. 1. in princip. ff. de in rem vers. Ex quo apparet, hanc actionem inter extraneos non dari; quanuis enim commodum contractus inter alios gesti ad alterum deuoluatur, & in rem illius conuertatur, aduersùs eum non competit actio ex contractu; tametsi, ne cùm aliena iactura locupletetur, quod natura æquum non est, l.nam hoc natura ff. de condict. indebit. subsidiario quodam remedio aduersùs eum agi possit, vt in l.si & me, & Titium, cum ibi not. ff. si cert. petat.

Actio verò de in rem verso, quam aduersùs patres, aut dominos Prætor introduxit, subsidiaria non est, sed directò & principaliter contra illos competit; & illa est, quę oritur ex contractibus filiorum, aut seruorum; nam, *de in rem verso*, non est propriũ actionis nomen, sicut neque, *de peculio, quod iussu, institoria, & exercitoria*; sed ista sunt notæ quædam, seu formulæ à prætore adiectæ, vt Bart. notat in l. final. in fin. ff. de in rem vers. vbi necessarias dixit adiectiones, ideo, scilicet, vt his notis, & adiectionibus, vna actio ab altera discerneretur; pariunt enim diuersos effectus, & interdum expedit, vna potiùs experiri, quàm altera; & electa vna non licet redire ad aliam, iuxta regul tex. in l. quod in hærede §. eligere ff. de tributor. act. & ibi notat gloss. magna, & Bart qui in fine limitat, vt non procedat ex causa iusti erroris.

108. Et in præcedentibus quidem casibus, prætorio iure, vt dictum est; pater tenetur ex filij contractu. Est autem casus vnus, in quo ciuilis iuris dispositione tenetur ex actu filij sub sua potestate constituti, qui habetur in l. 1. Cod. de filijsfamil. & quemadmod. pro his pater teneat. libr. 10. cum concordantib. nempe, quando filiusfamil. de consensu patris, ad decurionatus munus promouetur; tenetur enim pater ex mala filij administratione, & pro omnibus quæ ratione muneris filio iniunguntur, iuxta dict. l. 1. & l. 1. Cod. de decurionib. d. libr. 10. l. si filiusfamil. C. ne filius pro patr. l. 1. 2. part. Cod. quod cum eo qui in alien. potestat. est, l. quoties ff. ad municipal. quo casu patris obligatio, in solidùm est, dict. l. 1. Cod. quod cum eo. l. filiusfamil. ff. de administrat. rer. ad ciuitat. pertinent. Et quidem tanquam fideiussor filij tenetur, d. l. quoties d. l. 1. Cod. de decurionib. priùs tamen filius ipse excutitur etiam de iure antiquo, vt probat tex. ibi in dict. l. 1. proximè citata, in fin. & l libertus. §. filium pater ff. ad municipal. Ad hoc autem, vt pater in casu isto ex gestis filij teneatur, non requiritur expressus illius & assertorius consensus ad filij promotionem, sed satis est, cum illi non dissentire contraria protestatione interposita, vt probat tex. in d. l. quoties, versicul. Consensisse autem, vbi gloss. magna, d. l. 1. in fin. Cod. de filijsfamil. & quemadmod. pro his pater teneat.

109. Secundùm quæ apparet, quòd tria in hoc specialia concurrunt, quod rarò euenit. Primum, quia simplex ac nuda taciturnitas pro consensu habetur ad inducendam obligationem in persona tacentis; cùm aliàs in præiudicialibus, vt cùm de obligando agitur, simplex taciturnitas non operetur consensum, nec quisque ex ea obligetur, secundùm communem Doctor. traditionem in l. quæ dotis. ff. solut. matrimon. vbi laté prosequitur Barbos. ex num. 156. versic. Vlteriùs.

Secundùm speciale consistit in eo, quia fideiussoria obligatio introducitur absque verborum stipulatione; sinè qua fideiusio non causatur, l. blanditus. C. de fideiussorib. quam stipulationem ad casum hunc fictione legis induci, respondet gloss. magna, in versicul. Sed qua actione, in d. l. quoties. Tertium, & vltimum speciale cernitur attento iure antiquo, secundùm quod, fideiussor conueniri statim poterat non excusso principali, quæ principalis debitoris excussio, nouissimo Authenticorum iure introducta est, Auth. de fideiussorib.

iussorib. & mandatorib. §. 1. collat. 1. Cuius specialitatis rationem assignat gloss. final. in dict. l. 1. Cod. de decurionib. dicens, patrem pro filio in casu isto facilè obligari, idcircò etiam antiquo iure, quo sic obligabatur, excussionis beneficio adiuuabatur, secundùm regulam tex. in l. eum qui ff. de iureiurand.

Restat verò, vt inquiramus, cur ita facilè pater absque positiuo consensu, pro filio ad munus assumpto, illo sciente, & non refragante, obligetur, quod est speciale primum, & principale. Cuius rationem esse, reor, quia in filij promotione ad munus publicum, persona, & fides patris qui eum sub potestate habet, attendi & respici censetur, quasi, qui filium elegerunt, fidem patris scientis, & non contradicentis secuti videantur, vt in actione, *quod iussu*, dicitur in l. 1. ff. illo titul. §. 1. institut. quod cum eo qui in alien. potestat. est. Cum qua & in illo hęc conuenit, quòd, sicut illa, ita & ista in solidùm datur, vt dictum est sup.

110. Pro emancipato autem ad decurionatum assumpto non tenetur pater, dict. l. 1. in princip. Cod de filijsfamil. sicut nec Pętorianæ actiones de quibus sup. quæ peculiares sunt in filiorum contractibus, ad emancipatorum contractus protrahuntur. Nec id mirum, cùm in multis emancipatus differat ab eo qui sub potestate est, adeò vt, secundùm ciuile ius, emancipatus extranea persona censeatur respectu patris, vt probat tex. secundùm priorem intellectum à gloss. ibi relatum, in l. vnic. §. accedit, versicul. Extraneum. C. de rei vxor. act. l. 3. in fin. d. titul. de filijsfamil. libr. 10. l. ventre præterito ff. de acquirend. hæred. idquè ex antiqua emancipationis formula deprehenditur, quam tradidit Caius lib. institution. titul. 6. Vlpian. in fragment. sub titul. qui in potestate, mancipioue sunt. Hodiè verò, quanuis in aliquibus sublatæ sint differentiæ inter suos, & emancipatos, in multis tamen perdurant, vt obseruat gloss. magna in l. si emancipati C. de collat. vbi de materia per Scribent.

111. Vltimò, vt præsens iam caput de contractibus filijsfamilias absoluamus, non ambigitur, eum pro patre fideiubere posse, & ex fideiussione teneri l. si dubitetur §. filiusfamil. ff. de fideiussorib. l. si ex alio C. quod cum eo. l. filiusfamil. Cod. de fideiussorib. vbi gloss. concordant. allegat, tradit Hippolyt. in rubr. de fideiussorib. 41. quæst. num. 307. sicut & pater pro filio quem habet in potestate, fideiussor intercedere potest, l. si mandator, in fin. C. quod cum eo, & dominus pro seruo, l. 1. §. sed etsi serui ff. quod iuss. l. si domina ff. ad Velleian.

(?)

CAP. TERTII SVMMARIA.

1. *SErui, & filijfamil. in multis æquiparantur, in multis etiam differunt, prout in contrahendo, quia filius efficaciter obligatur ex contractu à se gesto, seruus naturaliter tantùm.*

2. *Manumissus conueniri non potest ex negotio in seruitute gesto; & reiecta ratione illa ab alijs tradita, quia alius censetur homo, alia assignatur.* Limitatur vt in nu. sequenti.

4. *Seruus etsi obligari ciuiliter nequeat, secum*
& *tamen contrahentem obligat domino suo;*
5. *contra quod difficultas mouetur, differentia ratione constituta inter seruum, & filium.*

6. *Soluitur difficultas, & traditur, domini personam ac capacitatem attendi ad validitatem, aut nullitatem eorum, quæ cum seruo suo geruntur.*

7. *Domini ex seruorum suorum contractibus non obligantur ijs cum quibus serui contraxerunt, si illis stare nolint. Fallit vt in num. sequenti. Et declaratur, quomodo accipiendum sit id quod dicitur in aliquibus legib. seruum debere. d. nu. 8.*

9. *Serui de iure ciuili matrimonium contrahere nequeunt, Pontificio verò, quod debet attendi, legitimè contrahunt etiam dominis inuitis & repugnantibus, & valet etiam quatenus contractus est.*

10. *Sponsalibus de futuro non inest sacramentum, & seruus illis ciuiliter non tenetur, sed naturaliter tantùm.*

11. *Seruus patris dotalibus non tenetur, & quicquid acquirit matrimonio constante domino suo acquirit, deducto priùs vnde coniux, si libera est, & filij alantur si ex libera sunt.*

12. *Legalis bonorum communio iure nostro inter coniuges inducta, in coniugio seruorum locum non habet, siue vterque seruilis conditionis sit, siue vnus ex illis.*

CAP. TERTIVM.

De contractibus seruorum.

1. FRequens est in iure, filij qui sub patria potestate est, & serui æquiparatio, quæ & in ijs quæ præcedente capite scripsimus, in aliquibus reperitur, in multis tamen differunt, vt videre est apud Marc. Anton. Bauerium in repet. l. cùm filio num. 187. ff. de leg. prim. vbi quinque supra triginta differentias inter illos cumulat, quarum vna est in contrahendo, ad quod, serui, & filij conditio par non est, sed multùm differunt: filiusfamilias, namque, cōtractum gerere, & ex eo efficaciter obligari alijs potest, vt d. cap. præcedente scripsimus; in seruilem verò personam, ciuilem obligationem cadere non posse, inter omnes constat, quia eorum quæ iuris ciuilis sunt, cuiusmodi est ciuilis obligatio, seruus omnino incapax est, cùm iure illo pro nullo, ac ferè mortuus reputetur, l. quod attinet, l. seruitutem. ff. de regul. iur. l. cùm hic status. §. si donator ff. de donat. inter vir. & vxor. tradit Iaf. in l. liber homo, in 2. num. 3. ff. de verbor. obligat. & sæpe alibi, quem, & alios refert Francisc. Niconitius in repet. rubric. ff. solut. matrimon. num. 154. Sed nec circâ naturalem in illo obligationem ita conueniunt omnes, quia serui status, iure gentium, cui naturalis obligatio ascribitur, annihilatus reperitur; eo, namque, iure seruitus est introducta, vt sup. scripsimus ad tex. ibi, *Introducta sunt bella*, vnde naturalis obligationis, quę illius iuris est, videbatur incapax; quę tamē in seruilem personam cadit, vt latè tradidimus ad tex. super verb. *Obligationes instituta*, cum gloss. ibi, cuius rationem

rationem assignauimus etiam stante Bart. & communi traditione in l. si id quod. ff. de condict. indebit. assetante, serui statum iure gentium annihilatum fuisse.

2. Adeò verò ciuilem obligationem in personam suam contrahere seruus nequit, vt nec post manumissionem, ex ante gesto negotio conueniri queat l. 1. l. 2. & l. penult. C. an seru. ex suo fact. l. si cognati C. de negot. gest. tradit Ias. in l. frater á fratre in lect. nu. 31. ff. de condict. indebit. Francisc. Niconit. in repet. rubr. ff. de oper. nou. nuntiat. nu. 36. Cuius rationem esse, dicunt, quia seruus, post manumissionem alius & nouus homo esse, censetur, l. si seruus. §. final. ff. de adimend. legat. l. qui res. §. aream ff. de solut. Idcircò, quia manumissus, alius homo censetur, non tenetur ex contractu in seruitute gesto, quasi, scilicet, ab alio gesto. Quæ tamen ratio, etsi in se vera ac legitima sit, non bene præsenti casui adaptatur; quod vel ex eo saltem deprehenditur, quia secundùm illam, nec naturali illa obligatione, qua dum in seruitute manebat, obstrictus erat, liber factus teneretur quasi alius, ac diuersus ab illo homo; quod nemo affirmabit, & contrarium probat. l. naturaliter ff. de condict. indebit. Præterea, nec ex delicto quod in seruitute commisit, manumissus teneretur, quasi, non ab illo, sed ab alio commissum diceretur; cuius contrarium, præterquâm si in dominum deliquisset, probat l. licèt serui, iuncta l. final. & ibi gloss. verb. patitur, C. an seru. ex suo fact. Quarè alia præcedentis sententiæ ratio est; & vera quidem ac germana est, ipsius seruilis personę incapacitas, cùm enim eiusmodi sit, quòd ciuilem obligationem suscipere nequeat, non potest vtique liber factus, illa obligatione teneri ex ante gesto contractu, quam contractus ipse ab initio non produxit, nec potuit producere in serui persona.

3. Hoc tamen aliquando fallit speciali quodam fauore, vt in causa dotis. l. si serua, & ibi gloss. 1. ff. de iure dot. Et in pecunia à seruo pro libertate domino promissa l. promissæ C. an seru. ex suo fact. l. final. §. final iunct. gloss. ibi ff. quar. rer. act. non det. l & eleganter §. seruus, iuncta gloss. 2. ibi ff. de dol. quo casu, multò magis tenebitur extraneo, cui in seruitute manumissionis causa promisit, vt probatur argum. tex. in l. licèt, juncta l. final. cum gloss. ibi C. an seru. ex suo fact. Sed in his casibus non directa & ordinaria contractus actione, quæ contra seruum ex illo oriri non potuit, sed actione in factum tenebitur; de qua loquitur tex. in d. l. promissæ. Ex quo manifestè apparet, ciuilem deficere actionem, & speciali quodam fauore hanc in factum competere; hæc, namque, in factum actio naturalem potiùs quâm ciuilem habet in se æquitatem, vt ex Labeone Iurisconsf. refert Vlpian. in l. 1. versicul. Hæc autem actio. ff. si quis testament. lib. esse iuss. fuer.

4. Quamuis autem seruus contrahere nequeat, vt ciuiliter obligetur his cum quibus contrahit, illos tamē ciuiliter obligare ex contractu secum gesto potest, non quidem sibi, sed domino sub cuius potestate est, cui obligationem ex contractu ortam acquirit, sicut & reliqua: in quo cum filio, & monacho conuenit; ille, namque, patri sub cuius potestate residet, actionem ortam ex contractu á se gesto acquirit; sic & monachus monasterio suo.

Quod tamen sic communiter à Nostris tritum & inculcatum graui difficultate non caret; siquidem, vt tradidimus, serui status annihilatus est,

eſt,& ſiue iuris gentium,ſiue iuris ciuilis contractus ſit, eius celebrandi, tanquàm hoc, & illo iure annihilatus,omnino incapax reputatur, ita vt nunquam in perſona illius ciuilis cõtrahatur obligatio,vt apud omnes in confeſſo eſt. Quapropter, ex contractu, cuius celebrandi, omni iure incapax reperitur,videbatur,non poſſe domino ciuilem acquirere obligationem,quæ,in ipſius contrahentis perſona ſubſiſtere,nunquam potuit.

5. Quod in filiofamil.diuerſa ratione procedit; ille, namque,contrahendi capax eſt, & naturaliter ac ciuiliter obligari, & obligare alios ex contractu ſecum geſto,nullo iure impeditur : vnde quæſita ex contractu filio obligatio, confeſtim & eodem momento per eum iure patriæ poteſtatis acquiritur patri, ſicut & alia quę filius acquirit, l. placet. ff. de acquirend.hæredit. (quæ acquiſitio,iuris ciuilis eſt, quo ipſa in filios patria poteſtas introducta fuit,l.item in poteſtate.ff.de his qui ſunt ſui,vel alien. iur. vbi tradunt Bart. & omnes, ſecundùm Pinel. in 2. part. rubr. C. de bon.matern.num.3.§.1.inſtit.de patr. poteſtat.& Scrib. ibi, Bart.in l.frater à fratre,num.12.ff.de condict.indebit. Et hoc quidem ius patriæ poteſtatis, moribus receptum fuit;vt ait Vlpian. in l. patre furioſo.ff. de his qui ſunt ſui,vel alien. iur. tradit Pinel.d.nu.3.) Cùm, itaque, filius capax ſit contrahendi,& obligandi ſibi alios, nihil eſt quod impediat,obligationes & actiones per eum acquiri patri ſub cuius poteſtate manet, d. l. placet. l. cùm oportet.C.de bon.quæ liber.§.igitur liberi, inſtitut. per quas perſon. nob. acquirit.

At verò in ſeruo, de quo agimus, longè aliter ſe res habet, ille, namque,iure ipſo gentium,& ciuili, vnde contractus & obligationes eorundem proficiſcuntur, annihilatus eſt, nec aliqua in perſona ipſius actio contractus ingredi poteſt, vt diximus; quam iuris incapacitatem, domini voluntas tollere non valet, iuxta regul. l. ius publicum.ff. de pact.l.quod de bonis.§.1.ff.ad leg. Falcid. cũ alijs, idcircòquè videbatur,quòd ex ſeruili contractu nulla ciuilis obligatio, nec actio oriretur, quæ domino per ſeruũ acquiri potuiſſet, diſparemquè in hoc eſſe illius conditionem, ac filijfamil. iuxta ſupradicta.

6. Qua tamen difficultate non obſtante, dicendum eſt, actionem contractus cũ ſeruo geſti, quæ eidem competeret, ſi capax eius eſſet, acquiri domino ſub cuius poteſtate manet,vt probatur in l.1. & toto titul.ff. de ſtipulat.ſeruor.& inſtit. eod. titul. Et ad prædictam difficultatem reſpõdendum erit,quód, licét inſpecta ſerui perſona, nulla in ea conſideretur capacitas,nec caput, §.ſeruus autem, inſtit. de capit. diminut. quia tamen dominus caput eſt ſerui ſui §. omnis, inſtit.de noxalib. quoad ea quæ cum ſeruo geruntur domino profutura, ipſius domini perſona inſpicitur, ita vt ab illius capacitate, vel incapacitate, actus validitas, aut nullitas pendeat.l. non minus. ff. de hęred. inſtituend. l. ſi mihi & tibi §. regula ff de leg.1. l.ſi mihi & Titio.§.1.ff.de leg 3. l. etſi maximè.ff.de ſeruit.legat. l.neque per ſe.C.de hæredib. inſtituend. princip.inſtit.de ſtipulat. ſeruor. tradit Iaſ.in l.1.nu.17. ff. de verbor.obligat.& ibi Ioan.Crott.num.28.Alciat. 18. Hieronym. Butigel. 38.Iacob. de Nigr.70. & Coraſ. ibid. num.32. latè Aymon Crauet. in l.cùm filio.1.part. á num. 28.cum ſequentib. ff. de leg. prim. Et eſt iuris ciuilis regula, tametſi à Doctoribus noſtris variè explicata,vt conſtat ex proximè citatis, & Bart. in l. Labeo. §. 1. ff. de vſucapionib.

pionib. iuxta quod iuris axioma apparet, domino, qui acquirendi capax sit, incapacitatem serui non obesse, quòminus per hunc illi acquiri possit, siue ex contractu, siue ex testamento, cùm semper, non seruilis, sed dominica persona debeat attendi.

7. Quanuis autem per seruos naturalis, & ciuilis obligatio dominis acquiratur, iuxta communes traditiones, nam & in naturali idem communis probat, quam tradidimus ad tex. super verb. *Obligationes instituta*, ipsi tamen domini ex seruorum suorum contractibus non obligantur ijs cum quibus contraxerunt, prǽterquám si eiusmodi contractibus vti malint, & aliàs, sibi imputent, qui cū huiusce conditionis hominibus contraxerunt, qui meliorem quidem dominorum suorum conditionem facere potuerunt, non verò deteriorem, vt circà monachorum contractus sequenti capite trademus, vbi de illis agimus.

8. Sunt tamen nonnulli casus, in quibus domini ex seruorum suorum contractibus obligantur; prout euenit in actionibus *de peculio*, *quod iussu*, *exercitoria*, *institoria*, & *de in rem verso*, quibus patres, & domini, ex filiorum, & ex seruorum suorum contractibus æquè obligantur, vt tradidimus sup. capite præcedente. Differentia verò est inter peculiares filijfamil. ac serui contractus; nam ex filij contractu tenetur pater quatenus in peculio est deducto inde quod illi debetur, & filius in solidùm; & dominus æquè ex serui contractu tenetur, qui in hoc cum patrefamil. fraternizat; ipse verò seruus ciuiliter nunquam obligatur, nec peculij causa cōueniri potest, in quo à filio differt, l. nec seruus, in fin. ff. de pecul. & naturalem solùmmodò obligationem capere potest, siue in causam peculiarem cōtrahat, siue extra eam; ideo, cùm, seruum debere, dicimus, factum magis demonstramus, quàm ad ius ciuile referimus obligationem, vt inquit Vlpian. in d. l. nec seruus, per quam ita obseruat Bart. ad leges quę, in materia de peculio loquentes, seruum debere, dicunt, in l. frater á fratre, nu. 32. & ibi Fulgos. num. 38. ff. de condict. indebit.

9. De coniugio seruorum pauca hîc subiungi oportet, quia illud, præter sacramentum, quod in se continet, ad contractum pertinet. Et quidem, quanuis de iure ciuili matrimonium inter seruos non contrahatur, nec teneat, l. cū ancillis. C. de incest. nupt gloss. 1. in princip. instit. de nupt. tamen de iure canonico, quod in hoc attendi, & seruari debet, contrahere matrimonium serui liberè ac legitimè possunt, nedum volentibus dominis, sed illis etiam inuitis & contradicētibus c. 1. de coniug. seruor. quia, vt ibi habetur ex Apostolo ad Galat. 3. neque liber, neque seruus est à sacramētis ecclesiæ remouendus: & ita posse seruos inuitis dominis matrimonio copulari, est sententia D. Thom. distinct. 36. quæst. vnic. art. 2. quem vniuersi sequuntur, vt asserit Thom. Sanch. de matrimon. libro 7. disput. 21. nu 3. tom. 2. vbi D. Thom. & communis ad hoc rationem adducit, & defendit contra Scot. & de materia ibi latè & eruditè per eum, & per Rebell. de obligation. libro 3. quæst. 3. sect. 1. part. 2 Atque ita patet, matrimonium, inter seruos efficaciter valere, quia sacramentum est, cuius, vt cæterorum ecclesiæ sacramentorum illi, vt liberi, capaces sunt, vt notatur in d. c. 1. Quia verò in matrimonio inter fideles celebrato contractus, & sacramentum inseparabilia sunt ex institutione diuina, ita vt nec ex agentium voluntate & intentione

vnum

potuit, cùm nec personale ipsius serui seruitium auferatur, vt in d c.1. in fin. de coniug. seruor. Hoc tamen accipiendum ita est, vt ex lucris à se quæsitis seruus coniugem alat si libera est, & liberos ex ea susceptos, & residuum pertinebit ad dominum: hoc enim postulat matrimonij lex, & naturale ius, cui dominus contraire nequit, vt vxor, & liberi alantur. Si verò & illa sub alterius dominio sit, à domino aletur ac liberi ipsius, qui matris conditionem sequuntur tametsi ex legitimo matrimonio suscepti sint, & patre libero, vt cum gloss. ibi, & communi tenet Abb. in d.c.1.num.5.

12. Sequitur vltimò, bonorum communionem inter coniuges iure nostro, & vsitata Regni consuetudine inductam, in coniugio seruorum habere locum non posse; si enim vterque coniux seruilis conditionis est, proprium habere nequeunt quod inter eos communicetur, sed dominis illorum acquiretur quicquid acquisierint; &, si vnus sinè opera alterius acquisierit, ad dominum illius totum pertinebit, quia ius acquisitionis dominicæ matrimonio serui non immutatur, vt sup. diximus. Quòd, si maritus sit seruus, & vxor libera, vel econtrâ, nihil magis á mente illius qui libertate potitur alienum videtur, quàm talis bonorum communio, per quam, bona sua alteri communicari, contingeret, & non coniugi sed domino illius, cùm ipse, ipsaue quæsitorum á coniuge particeps nõ fiat; quod, præterquâm quòd leonina societas esset, â mente illius alienum prorsus est, vt ita ad legalem Regni nostri bonorum communicationem quæ à tacita contrahentium voluntate procedit, spectare nullatenus valeat, quod ita probat, & in Senatu nostro iudicatum fuisse, testatur Cabed. decision.150. tom. 1. quem refert Ioan. Martins à Costá in addit. ad Caminh. annotat.14.nu. 25. & vtroque relato tradit nouissimè Emman. Barbos. in remission. ad Ord. Reg. lib.4. titul.46. §.1. num.18. Alia ad seruorum connubia spectantia, videlicet, de alienatione illorum, de coniugali debito, & seruitio dominis prestando, omittimus quia non pertinent ad seruorum contractus, & de illis agunt Innoc. & alij in dict cap. 1. de coniug. seruor. latè Thom. Sanchez d. lib. 7. de matrim. disput.21. & sequenti, post eum Rebell. d. lib.3. quæst.7. sect.1.

CAP. QVARTI

SVMMARIA.

1. Monachus filiofamil. & seruo frequenter æquiparatur; & in his quæ ad acquisitionem spectant. nunc vni, aut alteri, prout monasterio magis expedierit.
2. Cum Hostiens. & alijs probatur, monachũ ex contractu à se gesto nec naturaliter obligari.

3\. Traditur, monachum sinè consensu superioris sui contrahentem, secum contrahentem monasterio non obligare, nec contractum tenere; etsi postea ratificet prælatus & nu. sequentib.

4\. Traduntur casus in quibus contractus ex vna parte claudicat, ex altera tenet: & diuersum traditur in monacho.

5\. Monachus in contrahendo æquiparatur furioso, & pupillo infanti, cum quibus inutiliter contrahitur.

6\. Monachus profitendo propriam voluntatem à se abdicat, & pro mortuo reputatur.

7\. Abbas sinè monacho, & illo renuente, hereditatem illi delatam adire potest. Et declaratur communis assertio. Quicquid acquirit monachus, monasterio acquirit.

8\. Monasterium non obligatur ex contractu monachi gesto post monasterij ingressum; tenetur verò ex eo quem gessit ante ingressum. Quod declaratur, vt in num. sequenti, & ibi traditur limitatio ad regul. Quicquid acquirit monachus, acquirit monasterio.

10\. & 11. Quid in monacha, seu moniali quæ ante religionis ingressum æri alieno obstricta erat.

12\. Etsi monachus non vniuersitatem bonorum, sed res singulas in monasterium deferat, de illis soluendum est æs alienum quod antea debebat.

13\. & 14. Monachus nec de abbatis sui consensu contractum suo nomine gerere, & acquirere sibi potest.

Monachus episcopus factus, dominij capax non efficitur, nec super hoc cum eo dispensatum intelligitur. d. num. 13. versicul. Adeò.

Summus Pontifex super essentialibus religionis votis ex magna aliqua causa dispensare potest, secundùm communem. Inferior verò prælatus nunquam potest d. nu. 14.

15\. Traditur, abbatis, & maioris simul partis capituli consensum interuenire debere, vt monachus monasterij nomine contractum gerere posit; & intelligitur tex. in c. penult. de fideiussorib.

16\. Declaratur quod dictum est, in contractu circà res magnas. Et circà res paruas, ac quæ spectant ad quotidianos monasterij vsus solus abbas per se, vel per alium, contractus gerere potest; & etiam res modicas donare; & procuratorem ad iudicia constituere, solus potest.

17\. Monachus regulariter absque superioris sui licentia procurator alterius esse non potest. Item, nec clericus munus hac exercere potest.

18\. Ad iudicia multòminus procuratores esse possunt; nec religiosus substituere potest absque superioris sui licentia, & si substituendi facultas illi commissa fuisset.

19\. Clericus substituere potest facultate sibi ad id commissa; non tamen ad accausandum in causa criminali.

20\. & 21. Monachus de superioris sui licentia, & quando monasterij aliqua vtilitas id exposcit, procurator alterius esse potest; & etiam arbiter esse potest his concurrentibus.

22\. Monachus de licentia episcopi procurator alterius constitui potest, vbi monasterium subijcitur episcopo, aliàs non; & sic intelligitur tex. in c. qui verè. 16. quæst. 1.

23\. Abbas, seu monasterij prælatus absque alicuius licentia procurator constitui potest.

Religiosa de abbatissæ licentia procuratoris munus agere nequit, substituere verò potest de licentia illius. d. num. 23. versicul. In religiosa.

24\. Monachi an, & quando aduocationis officio fungi possint, ad intellectum tex. in c. 2. de postuland. Et an clerici idem munus exercere possint. nu. 25 & 26.

27\. Monachus de superioris sui licentia vltimarum voluntatum executor esse potest. Limitatur in Fratribus minoribus. nu. 29.

Clerici cuiuscunque ordinis idem munus liberè exercere possunt. ibi.

28\. Clerici tutelæ aut curæ munus assumere non possunt; nec testatoribus, id illis iniungere, licitum est.

29\. Fratres minores testamentarij executores esse non possunt. Et an possint esse electores pauperum inter quos testator bona sua distribui iussit, communes contraria referuntur.

30\. An teneant gesta per monachum in executionem testamenti superioris licentia ad id non obtenta.

CAP.

CAP. QVARTVM.

De contractibus monachorum.

1\. MOnachus, qui iure nostro filiofamil. & seruo non rarò æquiparatur, prę̨sertim in his quę pertinent ad acquisitionem, quia sicut per filium patri, domino per seruum acquiritur, ita per monachum monasterio, secundùm gloss. 1. in §. si quis alij, institut. de inutilib. stipulat. Bart. in l. cùm hæredes §. final. ff. de acquirend. posses. & in l. 1. in princip. & in §. si fructuarius ff. de stipulat. seruor. Alex. in l. 1. §. item acquirimus numer. 2. ff. de acquir. posses. Angel. in l. seruum quoque ff. de procurat. Maranth. in repet. l. is potest, numero 122. ff. de acquirend. hæredit. Thom. Calanchus in repet. l. 1. num. trigesimo sexto, ff. de vulgar. & pupillar. substitut. Nauarr. de regularib. commentat. 2. numero quarto, & 30. post omnes Azor institution. moral. libro duodecimo, capit. decimo, tom. 1. vbi de acquisitione monachi fusè agit; & est communis resolutio, monachum in acquirendis vice serui, aut filijfamil. fungi, prout monasterio magis expedierit, vt tradit Lusitan. noster Francisc. de Cald. de nominat, emphyteut. quæst. 6. nu. 1. qua de re latissimè agit Marc. Anton Bauer. in repet. l. cùm filio num. penult. & vltim. ff. de leg. 1. vbi, postquàm plurimos casus adducit, in quibus nunc vni, nunc alteri monachus assimilatur, cum prædicta communi assertione residet ex Bald. in l. 1. quæst. vltim. C. qui admitt. & alijs ab eo relatis; quæ sanè opinio æquior est, & tenéda, etsi alij monachū seruo in acquisitionibus absolutè æquiparent, quos nouissimè secutus est Benedictus Pinel. Lusitanus lib. 2. selectar. c. 19. nu. 9. tom. 1. Ab vtroque tamen in contrahendo differt; quia filius sub potestate patris positus contractus gerere regulariter potest; & illis naturaliter ac ciuiliter obligatur; & seruus naturalem suscipit obligationem ex contractu à se gesto, non ciuilem, vt de vtroque tradidimus in duob. præcedentibus capitib.

2\. At monachus contrahendo, nec ciuiliter, nec naturaliter obligatur, quia caret facultate liberæ voluntatis & consensus vnde naturalis causatur obligatio. Et ita monachum nec naturaliter obligari, quia velle non habet, tenuit Hostiens. in summ. de fideiussorib. §. Et quis, numero 3. versicul. Item excipitur monachus, idem tradunt Abb. & Felin. eum secutus in cap. ex rescripto, de iureiurand. vterque numer. 1. vbi differentiam hanc constituunt inter seruum, & monachum; eandem sententiam probat Fortun. Garc. in l. Gallus. §. & quid si tantùm, numero 70. ff. de liber. & posthum. contra Fabr. in titul. instit. de obligat. col. 2. numero 4. contrariam tenentem; quam etiam tenuit Abb. sibi contrarius cons. 104 part. 1. relatus à Nauarr. dict. commentar. 2. de regularib. numero quadragesimo secundo, versicul. Decimo quinto addo, vbi in versicul. Licèt his fundamentis, concordat vtramque, vt, scilicet, monachus naturaliter obligetur ex contractu à se siné superioris consensu gesto, quandiu superior non irritat contractum, seu obligationem inde ortam; & sic procedat secunda opinio, prior veró, post

irritationem, seu contradictionem prælati.

Quæ conciliatio, tuta non videtur, si enim monachus naturaliter obligatus manet ex contractu, quia obligatio naturalis in personam illius cadere potuit, videtur, quòd ius inde aduersario quæsitum, illo inuito & absque facto illius non possit prælatus tollere; nec similis est voti ratio & causa, cuius argumento vtitur Nauarr. quo etiam in eandem cum illo iuit sententiam Rebell. de obligat. lib. 1. quæst. 8. num. 4. part. 2. quia respondere possumus, quòd cum Deo mitiùs agitur, quâm cum hominibus; vt in simili respondit gloss. nostra in l. 2. verb. non obligantur. ff. de pollicitationib. Vel meliùs dici potest, quód religiosus profitendo propriam à se voluntatem abdicauit ad ea quæ mundi sunt, & morales eius actiones; sed non ad ea quæ pertinent ad Dei religionem & obsequium, cui se & sua profitendo dedicat, cuiusmodi est votum, qui est actus religionis; idcircò, si contra regulam, quam fuit professus, non est, mero iure tenet, quandiu ab eo cui subditus est, non irritatur, vt docet D. Thom. 2. 2. quæst. 88. articul. 8. ad 4. communiter receptus secundùm Rebell. loco citato; quod longè aliter se habet in contractibus, ad quorum celebrationem voluntas requiritur, quę in mocho non reperitur. Quarè, priorem sententiam cum Hostiens. & alijs sequor, quæ & æquior est, quia ad liberationem tendit, præsertim in persona illius qui soluendi incapax semper est, quod non reperitur in seruo, qui manumissus, soluendi capax est; & in summo iuris rigore verior apparet ex ratione de qua sup.

3. Qua ratione nec secum contrahentem obligare ex contractu monachus potest sibi, aut monasterio; quod sic tenendum puto, tametsi videam Innocent. in cap. cùm olim 2. num. 3. & 4. de priuileg. exemplo serui contrarium probantem, vt, nempe, sicut seruus secum contrahentem obligat domino suo, ita monasterio obligetur qui cum monacho contrahit. Quod verum est, quando monachus de superioris licentia contrahit, alioquin secus. Et adeò quidem, vt & si postea prælatus contractum ratificet, eique stare velit, nihil agat altero inuito; licèt contrarium tenuerit Less. libro 2. de iust. & iur. cap. 17. dubitat. 8. num. 62. versicul. Tertiò, in contractu religiosi, secutus Nauarr. ab eo citatum commentar. 2. de regular. num. 65. in fin. vbi Nauarr. in eandem sententiam citat Abb. in c. quanto, de offic. ordinar. Sed hæc sententia, pace tantorum Virorum dixerim, mihi non placet quando monachus nomine suo contraxit; quo casu non potest prælatus ratificare quod neo suo, nec monasterij sui nomine actum est. Deinde, contractus, nullus ab initio mansit ob defectum simultaneæ voluntatis, sinè qua perfici non potuit, quæ voluntas ad contrahendum habilis & potens, tempore celebrationis contractus in monacho defuit, quia ea caret; & ide, superueniens postea solius prælati consensus & voluntas, ad perficiendum contractum absque simultaneo alterius consensu & voluntate potens non est. Quæ ratio cessat in seruo qui non caret propria voluntate, sed alia ratione contrahere prohibetur, quæ naturalem in persona illius obligationem non impedit, ex quo & contractus ipse subsistit, tametsi ciuiliter seruus non obligetur, sed naturaliter tantùm, & qui cum illo contrahit, ciuiliter ac naturaliter obli-

obligatur, quæ obligatio domino per eum acquiritur, vt sup. tradidimus capit. præcedente.

4. Nec nouum est, contractum aliquando ex vno latere claudicare; hoc enim & in pupillo sinè tutore contrahente cernitur, qui alium sibi obligat, ipse verò non obligatur. l. Iulianus. §. si quis à pupillo. ff. de actionib. empt. l. obligari in princip. ff. de authoritat. tutor. princip. instit. eod. vbi gloss. final. notat: & in adulto curatorem habente, ac sinè illo contrahente idem tenet gloss. verb. absimilis, in l. si curatorem. C. de in integr. restit. minor. & in pupillo, & minore tradit Tusch. practicar. conclus. iur. tom. 2. conclus. 982. sub liter. C. num. 14. & 16. in vtroque loquens, communem sententiam esse, dixit Less. d. cap. 17. dubitat. 8. nu. 60. & in prodigo cui bonis est interdictum probat. l. is cui bonis. ff. de verbor. obligationib. & in alienatione rei ecclesiæ facta omissa solennitate, quando alienatio in ipsius ecclesiæ vtilitatem cedit, tradit Rebuff. in compendio alienation. rer. eccles. nu. 34. post alios Nicol. Garcia tractat. de benefic. 2. part. cap. 1. num. 74. cum sequentib. vbi latè prosequitur ad locationem rerum ecclesiæ vltra triennium factam. Sed hi omnes consensu, & propria voluntate pollent, qua & naturaliter obligari possunt, & consistere contractus potest tametsi ex vno latere claudicans: quod in monacho secus est, qui propria voluntate caret ad secularia negotia exercenda.

5. Idcircò, in hoc similem illum duco furioso, qui contrahendo nihil agit, quia nec obligari ipse, nec obligare alium sibi potest, ob defectum iudicii ac consensus, sinè quo stare contractus nequit, l. 1. §. furiosum. ff. de obligat. & action. §. furiosus, instit. de inutilib. stipulat. Qua ratione in pupillo infante cui nullum animi iudicium inest, idem probandum videtur, tametsi in proximo infantiæ, propter vtilitatem illius, benigna iuris interpretatione contrarium receptum sit, dict. l. 1. §. furiosum, iuncta glossa ibi, §. pupillus, versicul. Sed quod diximus, institut. de inutilib. stipulat. Quod ergo in his propter iudicij ac consensus defectum dicitur, quia absque vtriusque partis consensu non consistit contractus, in monacho æquè dicendum erit propter proprię voluntatis defectum, sinè qua contractus effici nequit.

6. Constat, namque, monachum profitendo propriam à se abdicare voluntatem. cap. non dicatis 12. quæst. 1. cap. si religiosus, de elect. libr. 6. cap. final. de sepult. eod. lib. & pro mortuo habetur. c. placuit, in 2. 16. quæst. 1. notat glossa nostra in Authent. Idem est Cod. de bon. quæ liber. per l. Deo nobis. §. prim. Cod. de episcop. & cleric. vbi notant omnes, & in cap. in præsentia de probation. Molin. de Hispanor. primogen. libr. prim. cap. 13. numero 93. Cald. de nominat. emphyteut. quęstion. 6. numero prim. Barbos. in rubr. ff. solut. matrimon. 2. part. numer. 76. Atque ita, cùm pro mortuo monachus reputetur, nec propriæ voluntatis, quam prælato subdidit, compos existat, sinè qua celebrari contractus vllus nequit, bene sequitur, illum contractus gerere non posse, &, si de facto gerat, nec naturaliter ex illis obligari, nec secum contrahentem obligare.

7. Consonat communis opinio, secundùm quam potest abbas sinè monacho, atque etiam illo renuente hæreditatem illi delatam adire, vt

H 3 tenent

tenent communiter Doctor. in d. c. in prȩsentia, secundùm Felin. ibi nu. final. ab illa tametsi discedentem; cuius ratio est, vt per eum ibid. quia monachus non habet velle, neque nollé, vt volens, adire, aut repudiare posit hæreditatem sibi delatam; sicuti potest seruus, sinè quo idcircò dominus illius adire nequit, iuxta l. cùm proponas, ad fin. C. de hæredib. instit. vbi Bart. num. 6. communem tenet, idem Bart. in l. 1. num. 21. ff. de vulgar. & pupillar. substit. vbi, ȩquiorem opinionem esse, dixit, tametsi alio vtrobique nixus fundamento.

Nec obstat vulgaris ac communis traditio, quòd, quicquid acquirit monachus, monasterio acquirit, sicut filius patri sub cuius potestate est, & seruus domino; id enim ingenuè agnoscimus, negamus verò, ex monachi contractu actionem quamlibet oriri, quæ, illi, & monasterio per eum quæri posit; quarè si quid monacho donetur, aut in testamento relinquatur, siue etiam abintestatò consanguineis succedat, aut denique propria industria quicquam acquirat, communem assertionem in his accipiemus: non in actione contractus, quam oriri ex illo, negamus, contra Innocent. in d. c. cùm olim, nu. 3. & 4. de priuileg.

8. Constat verò absque controuersia vlla, monasterium non obligari ex contractu monachi post ipsius monasterij ingressum gesto, vt tradit gloss. 1. in Auth. causa quæ. C. de episcop. & cleric. prȩterquàm si ex eo commodum receperit; tenebitur enim quatenus inde locupletius factum est, iuxta c. penult. in versicul. Nisi fortè, de fideiussorib. vbi Innoc. Abb. & reliqui: quanuis teneatur ex contractu monachi quem ante ingressum celebrauit, iuxta sententiam gloss. magnæ in versicul. Item si tenebatur, in Auth. ingressi C. de sacrosanct. eccles. quam sequitur ibi Bart. num. 17. & Dec. num. 25. ibid. tradit Speculat. lib. 4. titul. de stat. monachor. num. 2. & 3. vbi ponit practicam libellandi, & condemnandi, de quo etiam Bald. in d. Auth. causa quæ, col. 2. & alij ibi, Abb. & alij in c. cùm. I. & A. num. 27. de re iudicat.

9. Quod tamen sic est accipiendum, vt soluere teneatur monasteriũ de bonis quæ monachus secum tulit, vel quæ postea monasterio acquisiuit; &, si bona non supersint, monachus ipse in monasterio, honestæ artis, quam nouit, labore, quo tamen religionis obseruantia non impediatur, creditori satisfacere tenetur, vt tradit Abb. d. num. 27. post Innoc. in rubr. de obligatis ad ratiocin. Dominic. in c. præterea, in fin. 51. distinct. id ita colligens ex gloss. ibid. Felin. d. c. cùm. I. & A. num. 10. Nauarr. commune tradens comment. 2. de regularib. num. 42. versicul. Addo decimo quartò, Azor institution. moral. lib. 12. cap. 1. quæst. 5. versicul. Quæstio item est, tom. 1. inde tradentes limitationem ad regul. tex. in c. statutum 18. quæst. 1. cum similib. quòd quicquid acquirit monachus monasterio acquirit, vt non procedat, quando monachus ante ingressum monasterij, creditoribus erat obligatus, satisfiet enim illis de acquisitis per monachum ipsum post ingressum.

10. Quod autem de hoc dicitur in monacho, dicendum æquè erit in monacha, seu moniali quæ antea æri alieno obstricta erat, præterquàm respectu bonorum quæ titulo dotis secum tulit in monasterium: de illis, namque, quȩ. constat, oneroso dotis titulo monasterio acquisita fuisse, debita conuersæ antea contracta persoluere non tenebitur; sicut non tenetur ille, qui à socero dotem accepit, præterquâm si fraudis conscius reperi-

repetitur.l.final.§.si à socero.ff.de his quæ in fraud.creditor.

11. Hoc veró temperandum sic erit, vt,si fæmina quę alijs ære alieno obligata erat, ingentem patrimonij summam dotis nomine in monasterium deferat,creditoribus de eo satisfiat quod residuum apparuerit honesta assuetaquè inde dote deducta, cùm hoc, non oneroso, sed lucratiuo reuera titulo,monasterio delatum censeri debeat; de quo, satius erit, creditoribus satisfieri, quàm cum illorum, ac maiori etiam ipsius conuersæ iactura & detrimento monasterium locupletari. Nec denique ad reuocationem eorum quæ lucratiuo titulo à debitoribus alienantur in fraudem creditorum, fraudis participatio,aut ęris alieni scientia requiritur in illo in quem alienantur, sed hoc tantùm inspicitur, an alienatione tali fraudentur creditores. l. qui autem. §. similiquè modo. ff. de his quę in fraud.creditor.l.ignoti C.eod. titul. Sic ergo, & in monasterium translata, quatenus lucratiuo titulo translata reputentur, à creditoribus repeti poterunt.

12. Nec distinguendum puto,an monachus, monialisue omnia bona secum tulerit in monasterium, an res singulas; etsi differentiam inter hæc constituat gloss.in l.si peculium legetur. §. et si fuerit, verb.nuda voluntate. ff. de pecul. legat. magis enim probandum censeo, quòd, etsi res singulas monachus monasterio obtulisset ingressu suo, de illis, creditoribus solui debeat; quod & præcedens ratio de alienatione titulo lucratiuo facta suadet; & conueniens est sententię Innoc. & aliorum de quibus sup. secundùm quos,& de ijs quæ monachus in monasterio acquirit.ac de honesto etiam labore ipsius, creditoribus solui debet, quod ante monasterij ingressum debebat; à fortiori ergo,de illis quæ secum tulit,etsi res singulas obtulisset, facienda solutio erit.

Quæ sup. dicta sunt de contractu à monacho gesto, in illo procedunt qui siné prælati sui licentia contrahit. Cùm autem contrahit licentia superioris intercedente, videndum modò erit,an, & quatenus teneat cõtractus. Circá quod tres casus distinguendi sunt; primus est,quando monasterij prælatus monacho sibi subdito licentiam impertitur,vt contractum aliquem gerat suo ipsius monachi nomine, & in propriam sui ipsius causam, & vtilitatem, non monasterij; secundus, quando de licentia,seu mandato abbatis, monasterij nomine contrahit illius causam agens; tertius, quando vt procurator alterius contrahit.

13. In primo casu dicendum existimo, non tenere contractum, quia abbas, seu monasterij prælatus, efficere non potest, vt monachus acquirendi sibi capax sit,ac propria,ad contrahendum nomine proprio, in eo resuscitetur voluntas,solenni professionis voto semel & in perpetuum extincta: cùm enim monachus profitetur, vltra solenne castitatis votum, paupertatem, & obedientiam ęquè vouet, & his duobus acquirendi capacitatem, & propriam voluntatem à se omnino abdicat. Constat veró, super his abbatem cum monacho sibi subdito dispensare, nunquam posse, cùm nec summus Pontifex posit,iuxta c. cùm ad monasteriũ,in fin.de stat.monachor.quia sunt essentialia tria hæc monasticæ professionis vota.

Adeó, vt nec cum monacho episcopo facto in illis dispensatum intelligatur,quanuis enim bonorum episcopatus administrationem habeat,

largiùsquè annuos illius reditus in proprios vsus expendere valeat, non ideo tamen dominium illorum habet, habereue potest propter præmissum in professione paupertatis votum, sed vsum tantùm cum plena administratione, dominio penes summum Pontificem & Romanam ecclesiam residente; similiter etiam, & votum obedientiæ manet, in summũ Pontificem translatum; & ita cum monacho episcopo facto non magis dispensari super paupertatis, aut obedientiæ voto, quàm super voto castitatis, ex sentẽtia D. Thom. 2. 2. quæst. 88. artic. 11. explicat Aragon. super eo ibi in respons. ad tertium, notat Abb. in c. cùm olim, 2. notab. 7. de priuileg. de quo Sot. de iustit. & iur. lib. decim. quæst. 5. art. 7. qui est vltimus totius operis articulus, & Azor. institut. moral. lib. 12. cap. 7. ex versicul. Secundò quæritur. tom. 1. Nicolaus Garcia de beneficiis. 7. part. c. 10. nu 89.

14. Et vtcunque sit circà hoc, ac circà Romani Pontificis potestatem, quem, ex causa aliqua magna super his dispẽsare, posse, tradit Innoc. in d. c. cùm ad monasterium, num. 2. quem ferè omnes sequuntur, vt ibi dicit Abb. num. 21. & pluribus citatis sequitur Felin. in c. si quando num. 5. de rescript. communem tradit, & sequitur Marquard. de cælibatu sacerdot. non abrogand. c. 5. num. 7. cum sequentib. 1 part. prosequitur Azor d. cap. 7. vbi post init. loquens in castitatis voto, asserit, ita esse receptum communi omnium Interpretum cõsensu d. c. cùm ad monasterium, communem item Canonistarum fatetur Aragon. d. articul. 11. versicul. Qui voluerit, vbi quęstionem latè & eleganter ad vtramque partem disputat. quã post eum sic disputat Thom. Sanch. de matrimon. lib. 8. disput. 8. ex nu 6. tom. 2. vbi, etsi contrariam sententiam probabilem dixit d. nu. 6. in fin. communem tamen in num. sequenti longè probabiliorem asseruit, ac multis defendit; pro qua citat D. Thom. in 4. distinct. 28. quæst. 1. articul. 4. quæstiuncula 1. ad 3. & innumeros alios tam ex Theologis, quàm iuris peritis, post quos idem sequitur, & indubitanter tenendũ dicit Rebell. de obligation. lib. 3. quæst. 4. sect. 1. nu. 8. part. 2. probat Lessius de iustit. & iur. lib. 2. cap. 40. dubit. 19. num. 141. vbi Canonistarum communem dicit, & ferè communem Theologorum, post omnes latè prosequitur, atque defendit Nicol. Garc. d. cap. 10. á num. 43. cum multis sequentib. vbi nu. 45. communem Canonistarũ, & Theologorum dicit, & aliquorum summorum Pontificum facto comprobatam refert; vtcunque, inquam, circâ hoc res se habeat, illud sanè inter omnes constat, monasterij abbatem, seu quemuis alium Papa inferiorem, super his votis, quę essentialia religionis sunt, dispensare nunquam posse. Ex quo, (vt ad propositum redeamus) licentia Abbatis monacho sibi subdito elargita, vt contractum cum alio gerere possit suo nomine, & in propriam ipsius monachi acquisitionem, efficere non potest, vt valeat contractus, qui fieri nequit absque vtriusque contrahentis capacitate, & voluntate, & hanc monachus obedientiæ voto á se solenniter abdicauit, sicut & acquirendi sibi capacitatem, paupertatis voto: quam monasterij prælatus, licentia quauis seu dispensatione redintegrare in illo non valet, vt diximus. Nec denique ad contrahendum nomine proprio habilitare potest eum, qui iure ad id inhabilis & prohibitus reperitur, vt in c. penult. de fideiussorib. Conuenit Speculat. sententia lib. 1. titul. de Actore, num. 52. vbi tradit, non posse abbatem, monacho

nacho concedere alicuius villæ administrationem, & quòd pro illa agat nomine suo proprio, quia non licèt illi, dicere, Ago nomine meo, c. non dicatis 12. quæst. 1.

15. Secundus casus, si ordinis, monasterijue constitutiones adsint ad illum pertinentes, secundùm eas decernendus erit; sin minus, sub iuris communis dispositione manet; iuxta quam dicendum erit, non posse monasterij prælatum per se solũ inconsulto conuentu sibi subdito, monacho mandare, vt gerat contractum nomine monasterij, sed debet cum illo ad id concurrere maioris partis capituli consensus, vt probat tex. in d. c. penult. de fideiussorib. qui ad stabilitatem contractus vtrumque copulatiuè requirit, nempe, & abbatis, & maioris partis capituli licentiã monacho cõcessam. Et est intelligendus tex. ille in contractu nomine monasterij celebrando; tam, quia certum & indubitatum erat, Conuentum nõ teneri pro contractu quem monachus nomine suo proprio gereret, præsertim pro alio fideiubendo, aut pecuniam mutuam accipiendo, vt ita Romani Pontificis decretali in indubitabilem casum opus non esset; quàm, quia, vt constat ex ijs quæ ad casum præcedentem obseruauimus, abbas non potest monachum, capacem ad suo nomine contrahendum efficere, nec, si capituli consensus ad id intercedat. Atque ita, non diuinatoriè, nec impropriè in contractu à monacho nomine monasterij gerendo intelligitur tex. in d. c. penult. qui pro validitate illius, Abbatis, & maioris partis capituli consensum simul requirit. Et quanuis in duobus illis contractibus, fideiussionis, scilicet, & mutui specialiter loquatur, in alijs ex rationis identitate accipiendus æquè erit.

16. Et non obstat, si dicatur, penes solum abbatem, monasterij administrationem & potestatem residere, tam quoad temporalia, quàm spiritualia. c. nullam. 18 quęst. 2. per quem tex. notat hoc Nauarr. & dicit, illum semper ad hoc citari, commentar. 3. de regularib. num. 4. Ita enim residet, vt absque capitulo res magnas gerere nequeat. c. sinè exceptione. 12. quæst. 2. c. nouit. c. quanto. c. ea noscitur, de his quæ fiunt á prælat. cum alijs, tradit Nauarr. d. commentar. 3. num. 11. versicul. Ad tertium respondemus, vbi ait, quòd omnes Doctores passim hoc docent. Contractus verò circâ res paruas ad monasterium pertinentes, per se solus, vel per alium mandato suo gerere potest monasterij abbas, seu pręlatus; & circâ ea quę ad monachorum victum, vestitumquè pertinent, ac ad quotidianos monasterij vsus, quorum cura illi incumbit, & etiam res modicas sinè solennitate alienare potest, vt tradit Redoan. tractat. de reb. eccles. non alienand. rubric. 33. casu 8. num. 4. & propter administrationem quam habet, donationes modicas facere solus potest etiam consuetudine semota, ex rationabili tamẽ causa, secundùm Abb. in c. cæterùm, num. final. de donat. & procuratorem ad iudicia constituere in causa monasterij solus potest secundùm communem sententiam quam tradit Vant. de nullitat. process. ex inhabitat. seu defect. mandat. nu. 126.

17. Tertius casus longiorem requirebat tractatum, sed breuitati studendo, pro resolutione illius pręmittendum erit, monachum regulariter absque superioris sui licentia procuratorem alterius esse, non posse, siue ad negotia, siue ad iudicia ordinetur, tam quia, voluntate propria quam à se abdicauit, & superiori suo subdidit, alterius

alterius mandatum suscipere, & exercere, non valet; quæ ratio soli monacho conuenit; quàm quia secundùm Apostol. 2. ad Timoth. c. 2. nemo militans Deo, implicat se negotijs secularibus; & hęc ratio conuenit religiosis, & clericis; & ita æquè ex ratione hac prohibetur his, & illis, aliorum procuratores esse, in c. 1. & 2. ne cleric. vel monach. secularib. negot. se immisc.

18. Qua ratione multò minus ad iudicia procuratores esse possunt, c. 1. & 2. de postuland. c. de præsentium c. monachi in 2. 16. quæst. 1. de quo per Felin. in c. cùm I. & A. num. 12. de re iudicat. Vant. de nullitat. process. ex inhabilitat. seu defect. mandat. num. 132. Quod adeò in religiosis obtinet, vt nec substituendi facultate expresśim commissa substituere aliũ procuratorem posśint sinè licentia superioris sui, Clem. religiosus, de procuratorib. cuius ratio pendet à propriæ voluntatis resignatione, secundùm Cardinal. ibi nu. 6. & 17.

19. Quæ cùm cesset in clerico, dicendum erit, posse eum substituere facultate ad id sibi commissa; nec enim per hoc, quod actu vnico, eoquè breuisśimi temporis spatio terminato expeditur, secularibus se negotijs immiscere, dicetur; quare, substituere liberè poterit ratione hac nõ obstante, & cessante illa quæ militat in religioso; dummodò in causam sanguinis non substituat. Sed, etsi irregularitatis periculum cesset, non decet, illum vti facultate substituendi in criminalem accusationem, propter scandalum euitandum; cuius euitandi causa multa prætermittuntur, quæ aliàs iustè fierent; de quo alienum à proposito exemplum non est cuius meminit Felin. in c. si quando num. 3. versicul. Per istum tex. de rescript. vbi refert ex Parid. de Put. de syndicat. fol. 32. quod, cùm Ioan. Pap. 23. Romanum quendam decapitari, iussisset, & ille, Papam ob id irregularem esse, valde clamasset, ita vt de irregularitate Pontificis populus scandalizaretur, liberauit eum Põtifex. Quem casum reuera longè antea euenisse Hostiensi dum esset legatus Bonon. refert ibid. Felin.

20. Possunt verò monachi procuratorium mandatum suscipere & exercere de superioris sui licentia quando id monasterij exposcit vtilitas. d. c. 2. de postuland. d. c. monachi d. clem. religiosus. Sicut etiam non possunt esse arbitri, iuxta sententiam gloss. in l. Pedius. §. in seruum ff. de recept. arbitr. quam sequuntur relati à Marc. Anton. Patauino in tractat. de compromiss. quæst. 2. nu. 4. Azeued. in l. 7. titul. 9. lib. 3. num. 19. receptam dicit Barbos. in l. cùm prætor. 12. §. fin. num. 271. ff. de iudic. & tamen suscipere id munus possunt superioris licentia interueniente, & aliqua monasterij vtilitate, vt tradit Ioan. Baptista Bartoli gener tract. de arbitr. lib. 4. cap. 4. versicul. Hoc autem, & alios referens Patauinus d. quæst. 2. nu. 5. Barbos. d. l. cùm. prætor. §. final. num. 273. Circà hoc autem est aduertendum, quòd cùm religiosus cum licentia prælati sui procuratorio nomine in iudicio agit, aut defendit, non poterit illi ab aduersario opponi, quòd id monasterij vtilitas non exposcit; ad aduersarium, namque, non spectat inquirere, aut scire de vtilitate monasterij, quam, sępe expediet, illum latere, & alios; & ita tradit Innoc. in c. cùm I. & A. num. 3. de re iud. quem seqnitur Abb. num. 29. & omnes ibi, vbi latè Felin. num. 11. & sequenti.

21. Ex quo tradunt monachum, procuratorem constitui posse in causa abbatis monasterij; & etiam pro patrono monasterij, aut defensore, aut

aut amico vtili; nouissimè Thom. Valasc. allegat.27.num.9. part.1. vbi alios refert; & ita cum Innoc.d.cap. cùm.I. & A. communiter receptum dicit Nauar. comment. 2. de regularib.num.66. nec tunc poterit aduersarius obijcere, quòd in hoc monasterij vtilitas non versetur; seu quòd patronus, defensor, aut monasterij amicus non sit ille, pro quo monachus constituitur procurator, quia huiusce rei inquisitio non spectat ad illum; contra quem vt legitimus alterius procurator, audietur monachus, qui de mandato constituentis cum licentia Abbatis sui suscepto docuerit.

22. Addunt Innoc. & alij in d. c.cùm.I & A.posse etiam religiosum, constitui procuratorem de licentia episcopi, per tex.in c.qui verè 16.q.1. qui intelligendus est vbi monasteriũ subijcitur episcopo, quo casu loquitur ille tex. si enim loci episcopo monasterium non sit subiectum, licentia illius ad hoc non proderit; sed abbas, aut alius monasterij prælatus requirendus erit.

23. Abbas verò ipse, seu prælatus, absque alicuius licentia procurator constitui potest c. sopitè, extr.de censib. vbi Abb. notab. 2. post Hostiens. dicens, esse bonam gloss. ad multa, in c.de pręsentium, 16.quæst.1. idem Abb.d.c.2.de postuland.num.4. Cardinal.d. clem.religiosus, quæst.3. post gloss. 1. quæ dicit, tex. ibi non procedere in prælato, Felin. d. cap. cùm.I.& A.num.12. vbi etiam agit de clerico seculari constituto procuratore. In religiosa autem abbatissæ licentia ad id munus non sufficit, quia procuratoris officium mulieribus iure est interdictum.l.2. ff.de regul.iur. Sed Papæ licentia necessaria erit, vt euenit in casu c.cùm dilectæ, de confirmat. vtil. vel inutil.& ita ex Laud. tradit Card.d.clem.religiosus, opposit.1. Felin. d. c. cùm.I.& A.num.12. prope fin. poterit tamen facultate sibi ad substituendum commissa, de abbatissæ licentia alium substituere, quia hoc mulieribus prohibitum non extat, vt inferiùs tradémus. cap. 10. in fin.

24. An autem monachi officio aduocationis fungi possint, traditur in c.2.de postuland.vbi dicitur, quòd non debent esse forensis, vel ecclesiastici negotij susceptores, vel executores, nisi fortè id monasterij exposcat vtilitas abbate nihilòminus imperante; vbi Innoc. verbum, *susceptores*, de aduocatis intellexit, & verbum, *executores*; de procuratoribus: iuxta quam expositionem probat illo tex.& canon antiquus in c.monachi in 2. 16. quęst. 1. vnde desumptus fuit, quòd regulares possunt officium aduocationis exercere his duobus concurrentibus, nempe, abbatis monasterij iussu, & monasterij vtilitate. Vtilitas autem monasterij circà hoc non ita largè intelligenda est vt in præcedente casu; etenim, non quæuis monasterij vtilitas sufficiet, vt monachus quæstus gratia aduocationis munere fungi possit, sed tum demum id illi præcipere licitè abbas poterit, cùm monasterium paupertate laboret, nec habeat vnde aliunde cõmodè alatur, aut ære alieno grauatũ sit, nec habeat vnde soluat, quasì sic, quod de vtilitate monasterij dicitur in d.c.2. pro necessitate, seu necessitatis subuentione accipiendum sit.

Sed & tunc cõtrarium tenet Ioan. Andr.in regul.in argumentum, de regul.iur. lib.6. intelligens tex.in d.c.2. in casu quo causæ vtilitas principaliter spectet ad monasterium, videlicet, quia causa quæ agitur, ipsius monasterij sit, & tunc, inquit, posse monachum abbate imperante aduocare, sequun-

ſequuntur Anton. de Butr. in d. cap. 2. in fin. & Imol. ibi num. 2. quod honeſtius, & ſecurius eſſe, ſcripſit Abb. ibid. num. 3. concinit Ord. noſtra lib. 3. titul. 28. §. 1. ſed priorem ſententiam bonis fundamentis defendit Nauárr. d. commentar. 2. num. 66. & comprobat exemplo quod adducit vt oculatus teſtis, de Priore clauſtrali in celeberrimo Sancti Iſidori monaſterio apud Legionenſes: & ibi etiam alterius meminit, quod in confirmationem adducit, de Lapo abbate relato á Cardinal. & Panorm. in d. c. 2.

25. De clericis veró circà idem miniſterium agitur in c. 1. & final. de poſtuland. vbi traditur, in ſacris conſtitutum, & in minoribus beneficiatum non poſſe regulariter, aduocare in foro ſeculari prætérquàm in caſibus de quibus in d. c. 1. de quo apud nos Ord. d. titul. 28. §. 1. & communis ſentẽtia in c. final. de poſtulãd. Azeued. in l. 15. titul. 16. lib. 21. nou. recopilat. Marc. de iuriſdict. 4. part. caſu 105. num. 6. cum ſequentib. Thom. Valaſc. d. allegat. 27. ex num. 1. ſacerdoti verò etiam eccleſiaſticum forum regulariter interdicitur in d. c. final. vt aduerſùs Hoſtienſ. probat ibi Ioan. Andr. quem alij communiter ſequuntur ſecundùm Abb. ibi nu. 5. qui hoc ſibi placere ſcripſit.

26. Eſt tamen caſus vnus vltra expreſſos in d. c. 1. in quo ſacris initiati pro alijs palam etiam apud ſeculares iudices aduocare poſſunt cum perceptione & exactione ſalarij, videlicet, quando egeſtate laborant, nec aliunde habent vnde alantur, poterit tunc clericus pro victu quærendo aduocationis officium exercere, & probatur argumento tex. in c. clericus victum. 91. diſtinct. c. conſilium, in fin. de obſeruat. ieiun. l. 2. C. de patrib. qui fil. diſtraxer. & ita tradunt Hoſtienſ. in d. c. 1. Abb. ibi nu. 4. Imol. 7. Quod quidem ex rationis paritate, ſeu identitate probandum quoque erit in ſacerdotibus pauperibus qui non habent vnde alantur: cùm enim quærendi victus gratia liceat illis, emere corium & chartas, & inde ſotulares facere, & libros, vt dixit gloſſ. in cap. canonum 14. quęſt. 4. videtur vtique, quód & aduocare, cùm huius muneris periti ſint, illis liceat, etiam in ſeculari foro; niſi fortè, quisquam dixerit, per hoc, magis quám per alia manuum exercitia á ſpiritualibus ac diuinis, quibus ſe mancipauerunt, illos abſtrahi propter forenſes ſtrepitus. Nihilóminus tamen, ſi neceſsitas vrgeat, illius leuandæ cauſa permitti hoc debebit, & in ciuilibus quidem: in criminalibus, namque, ad ſanguinis pœnam tendentibus, indubitanter ab actoris patrocinio abſtinere ſemper debent, propter irregularitatis periculum: cauſa verò rei ſuſcipi poterit ab illis, quia eccleſia Reos ſanguinis defendit, ac pro illis ſupplicat c. reos 23. quæſt. 5. c. nouimus, de verbor. ſignificat. c. inter, de immunitat. eccleſiar. conſulunt tamen Hoſtienſ. & Ioan. Andr. vt in talibus abſtineant etiam á defenſione Rei, propter idem periculum, &, ſi abſtinere nolint, ſæpe proteſtentur coram iudice, quod non intendunt ad vindictam, nec ad talionis pœnam, ſed ſolùm ad rei defenſionem, vt per Abb. in d. c. 1. num. 5. & Imol. ibi num. 5. & 6.

27. Vltimò, ijs, quæ de monachis dicta ſunt, additur, illos vltimarum voluntatum executores eſſe non poſſe, niſi ſuperioris ſui licentia ad id obtenta c. religioſus, de teſtament. lib. 6. clem. vnic. eod. titul. Et eſt notandum, quod in hoc caſu monaſterij vtilitas non ſpectatur, nec requiritur, ſicut in præcedentibus, ſed vt religioſus vltimæ voluntatis executor

eſſe

esse possit, sola superioris sui licentia attenditur, & exigitur in dict.cap. religiosus;& in d.clem.vnic. nulla de vtilitate monasterij in huius muneris susceptione mentione facta, quæ fit in casibus de quibus sup. quod sic specialiter constitutum videtur, propter vltimarum voluntatum, & animarum fauorem. Qua ratione clericos cuiuscunque ordinis, vltimæ voluntatis executores liberè fieri posse, non est dubium.

28. Testamentariæ verò tutelæ, aut curę munus assumere, illis prohibetur, vt his muneribus impliciti, à spiritualibus, quibus sunt ascripti, non distrahantur. Sed & testatoribus non licet, illos in filiorum tutelam, seu curam nominare, adeò, vt diuinis suffragijs ac sacrificijs pro eo offerendis indignus reputetur, qui hoc fecerit, vt habetur in cap. Cyprianus 21.quæst.3. vbi sunt D.Martyris Cypriani aurea profectò verba, ac sacerdotibus mente tenenda; & quod ad testatores attinet, eleganti ratione concludit, dicens, *Neque enim ante altare* Dei *merentur nominari in sacerdotum prece, qui ab altari sacerdotes, & ministros volunt auocare.*

29. Fratribus autem minoribus propter arctioris regulę obseruantiam specialiter testamentarij executoris munus prohibitum extat in clem.exiui §. verùm, de verbor.significat. vbi Cardin. hoc adeò stringit, vt probet contra Bart. in tractat. minoric. nec illos, pauperum electores, inter quos testator bona sua distribui iusit, esse posse, quia electio hęc, pars est executionis, cuius muneris susceptio illis indistinctè prohibetur; sequuntur alij citati à Couar. dict. cap. tua nobis num. 1. de testament. vbi ille Bart. opinionem, quam tenuit Roman. consil. 409. colum. 2. sibi magis arridere, scripsit, quam etiam secutus est Quesad. diuers.quæst.cap. 22. numero vigesimo, vbi de capacitate, seu incapacitate Franciscanorum ad testamentaria relicta latè per eum in toto illo cap. Spin. in specul. testament. gloss. 28. numero 32. & August. Morla in empor. iur. titul. 12. quæstion. 10. numero 5. part. 1. & videtur probare Cald. de nomination. emphyteut. quæst. 6. numer. 3. & 4. vbi in hoc contrarias inuicem communes refert. Sicut & Zeuall. practicar. commun. contra commun. libr. 1. quæst. 88. vbi tamen num. 2. Bart. opinionem sequitur, & ait, in fin. quòd ita practicatur. Mihi quidem contraria Cardinal. probabilior videtur ex ratione quam scripsit, ac generalitate tex. in d. §. verùm.

30. Dubitant verò Doctor. an, si religiosi munus hoc sibi commissum, assumant, & exequantur non impetrata superioris licentia, gesta ab illis teneant? In qua quæstione contrarias opiniones retulit Couar. d.cap.tua, num. 2. & vtraque communis est, vt tradit Mench. de success.creat.§.21. num.178. Zeuall.dict. quæstion.88.& 404. dict. libr.1. Prima est Frederic. cons. 293. vt acta valeant modò superioris contradictio non pręcesserit; quam communem fatetur Dec. cons. 494. numer. penultim. versicul. Non obstat, & cons.499.num.12.& sequuntur Gregor.Matien. & Spin. relati à Zeuall. d. quæst. 88. num. 1. vbi ait, ab hac opinione non esse recedendum. Et illa passim accipitur etiam in executione testamenti facta per religiosum Ordinis Minorum, vt fatetur Couar. d.num. 2. à qua tamen ille discedit secutus Dec. & Franc. in cap. 2. de testament. lib. 6. ab eo citatos. Sed

prima, æquior est, & tutior, vltima. rum voluntatum, & animarum fulcita fauore, communi regula adiuuante, secundùm quam multa fieri non possunt, quæ facta tenent. An monachus nominare possit ad emphyteusim vide infr. articul. 6. num. 48.

CAP. QVINTI

SVMMARIA.

1. *Minores curatorem non habentes omnem contractum regulariter gerere possunt. Bona verò immobilia alienare non possunt absque curatoris authoritate, & iudicis decreto in ipso contractu, vel incontinenti interposito.*
Nec pignori dare possunt immobilia absque decreto, ibi versic. Nec solùm.
2. *Agitur de decisione tex. in l. 1. §. final. ff de reb. eor. & difficilem inter Doctor. & controuersam esse, traditur.*
3. *Lex quæ patitur varios intellectus, ad decisionem causarum allegari non potest.*
4. *Assignatur intellectus, & decidendi ratio ad tex. in d. l. 1. §. final.*
5. *Discutitur quæstio de venditione rei minori facta cum pacto resolutiuo, absque iudicis decreto, & num. sequentib. 6. 7. & 8.*
Communis sententia probatur, quæ tenet, pactum resolutiuum valere, assignata differentia ratione inter resolutiuum, & pignoratitium d. nu. 8.
9. *Rustica prædia, Digestor. iure, & Codic. à minore siue curatorem habeat, siue non, alienari nunquam possunt absque decreto. causa cognitione præmissa. Idem in eo qui veniam ætatis impetrauit.*
10. *Curator adulti, & tutor pupilli, & adultus ipse curatorem non habens alienare possunt absque decreto mobilia duntaxat quæ seruando seruari non possunt, & non alia.*
11. *Minor veniam ætatis adeptus mobilia omnia alienare liberè potest absque restitutionis auxilio, iure communi, & Regio nostro.*
12. *Minor alienatam rem repetens, pretium quod pro illa acceperat, reddere tenetur, quatenus in rem illius versum fuit; & cui probanda versionis onus incumbat, tractatur, & num. 14.*
13. *Si pretium rei ab emptore minori ritè soluatur, & postea amittatur, non restituitur minor aduersùs pretij solutionem.*
14. *In quæstione, cui incumbat onus probandi pretium in rem minoris versum fuisse, probatur communis differentia inter nullitatem contractus, & rescisionem ex capite restitutionis.*
15. & 16. *Eadem distinctio probatur in ecclesia quando pretium, seu mutuum, quod recepit, quo locupletior facta est, reddere tenetur. Item in ciuitate. Limitatur in mutuo fœneratitio, d. num. 16. in versicul. Sed quod in ciuitate.*
17. *Mulier agens ad repetendam rem immobilem sinè illius consensu à marito alienatam, ex leg. nostra Regia, vt à pretij redditione excusetur, probare debet in suam vtilitatem versum non fuisse.*
18. *Mulier in casu prædicto totum pretium restituere tenetur, quando totum in communis societatis vsus expensum vtiliter fuit, aliàs si maritus partem dilapidauit, excusabitur ab illa, sic intellecta Ord. lib. 4. titul. 48. §. 4.*
19. *Minor curatorem habens, nec circà castrensia, & quasi castrensia bona, absque authoritate illius contrahere potest. Excipiuntur contractus ad beneficialia pertinentes.*
20. *Puberes, & impuberes doli capaces, cura-*

curatores, & tutores habentes, naturaliter obligantur ex contractibus sinè authoritate eorum celebratis.

21. *Minor contrahens absque curatore suo, secum contrahentem sibi obligat, si minor ipse contractui stare malit.*

Et qui cum minore contraxit, petere potest, vt vel contractus curatoris authoritate solennizetur, vel ex vtroque latere resoluatur. Ibi in versicul. Cui addo.

22. *Contractus à minore sinè curatore celebratus, quinquennali silentio post legitimam ætatem solidatur.*

23. *Quinquennium, quo tacita contractus, & alienationis ratihabitio inducitur, non currit minori ante vigesimum quintũ ætatis annum completum, tametsi antea ætatis veniam impetrauerit.*

Idem traditur in coniugato, ad leg. Regias, ibi in versicul. Sed sententia.

24. *Quadriennium ad petendam restitutionem quando incipiat, & finiatur in coniugatis nostris. Et traditur, quatenus lex noua legitimam, seu perfectam in hominibus ætatem posit diffinire.*

25. *Probatur, quadriennium ad implorandam restitutionem aduersùs antea gesta durare in coniugatis viginti annorum, stante iure Regio, vsque ad vigesimum quintum ætatis annum.*

26. *Relictum alicui, seu promissum cùm ad legitimam peruenerit ætatem, non ei debetur antequàm impleat vigesimum quintum ætatis annum, tametsi antea ætatis veniam impetrauerit. Idem traditur in coniugatis, stante iuro nostro, contra Cald.*

27. *Declaratur, quando minor maiorem se dicens, restitutionis beneficium amittat.*

28. *An, cùm minor maiorem se asseuerat in contractu, dolus præsumatur ex parte illius, vt à restitutionis beneficio excludatur, & nu. sequenti.*

Si tam minoris, quàm secum contrahentis dolus versetur in falsa maioris ætatis assertione, restitutionis beneficium non amittitur d. num. 29. versicul. Quod satis est.

30. *Probatur, minorem, qui dolosè maiorem se dixit, etiam perdere remedium dicendi contractum nullum, quod aliâs minoris ætatis causa competebat, & nu. 31.*

CAP. QVINTVM.

De contractibus minorum.

TAM multa ad contractus minorum, obligationesquè inde proficiscentes á Nostris passim scripta reperiuntur, vt superuacanea videri posset præsens hac de re disceptatio nostra, qua nihil, non peruium, & aliorum commentarijs sępe inculcatum, proferri in medium posit. Vt tamen iniuncto muneri satisfaciamus, præsentem subnectimus articulum, in quo quę minus nota sint, & scripta, ad illum pertinentia afferemus.

1. Stat ergo conclusio, puberem minorem viginti quinque annorum, curatore carentem, omnem contractum celebrare regulariter posse, ac ex eo ciuiliter & naturaliter obligari, vt pro regula ponit Surd. decis. 287. nu. 10. Rebell. de obligat. lib. 1. quæst. 8. sect. 2. num. 23. part. 2. non posse veró, nec per se, nec cum curatore suo celebrare contractum, per quem immobilia sua alienentur; ad quorum alienationem, iudicis decretum, & legitima causa interuenire debent l. 1. & per tot. C. de prædior. & alijs reb. minor. l. 1. cum alijs ff. de reb. cor. de quo latè Menoch. de arbitrar. casu. 171. vbi terdecim requisita ponit á num. 5. vsque ad 28. ac deinde ampliat, & limitat, Card. Mantic. de tacit. & ambig. conuent. libro quarto, titul. 6. per tot. tom. 1. vbi de decreto & causa illius, cum ampliationibus & limitationibus, luculenter egit; & antè eum fusiùs Ioan. Gutierr. tract. de

tutel. & cur. 2. part. cap. 5. per tot. nouissimè Lusitanus noster Francisc. de Cald. de empt. & vendit. cap. 13. Et decretum, in ipso negotio, siue in continenti postfactum interponi debet, quemadmodum, & tutoris authoritas interuenire tunc debet, non ex interuallo, l. obligari § tutor. ff. de authoritat tutor. §. tutor instit. eod. l. si quis mihi bona. §. iussum, iuncta gloss. ibi. ff. de acquirend. hæred. & ita regulare est, cúm alicuius consensus, seu authoritas pro actus solennitate requiritur, vt in ipso actu, aut in continenti interueniat, vt tradunt communiter Scribb. in d. §. iussum, & nos scripsimus in commentar. l. 1. 1. part. § 7. num. 19. C. de sacrosanct. eccles. Et in hoc puberes cum pupillis conueniunt.

Nec solùm alienatio per quam dominium transfertur, sed & oppignoratio sinè decreto interdicta illis est, vt tradit Cald. in l. si curatorem, verb. contractum fecisti, num. 8. versicul. Septimo infero. C. de in integr. restit. minor. & alios referens Gutierr. d. cap. 5. amplit. 10. num. 35. & in pupillis probat l. etsi præses. C. de præd. & alijs reb. minor. l. si pupillorum. §. 1. cum § §. sequentib. ff. de reb. eor. & ipsa illius tituli rubrica, & rubr. d. titul. de prædior. minor. tam pertinet ad alienationes, quàm ad pignorationes sinè decreto non faciendas. Circà quod est tex. celebris, & difficilis in l. 1. § final. d. titul. de reb. eor. vbi palam ostenditur, non posse minorem 25. annis (quod verbum pupillum, & adultum æquè comprehendit) prædium absque decreto pignori dare.

2. In eo autem vertitur illius tex. difficultas, quòd proponit, minorem prædia emisse habita fide de pretio, adiecto pacto, vt interim essent pignori obligata venditori; & tamen venditione ita pacta, pignoris nexum non tenere, respondit Vlpian. nam, *vbi, dominium, inquit, quæsitum est minori, cæpit, non posse obligari.* Videbatur sanè, contrarium deberi responderi in casu isto, propterea, quòd venditor non aliter alienationi rei suæ consensit, quàm opposito pacto prædicto pro pretij securitate in ipsa re quam sic vendidit; idcircò videbatur, quòd, vel in totum contractus debuit irritus decerni, vel in totum sustineri, cum pignoris, inquam, suppositione; & ita incunctanter sinè dubio Doctores nostri respondissent, si in contrarium Vlpiani contextum expressum non vidissent; præsertim ij, qui & adhuc pro pignoris suppositione in casu prędicto non dubitant respondere, communem tex. literam, mendosam reputantes; quod contigit Tiraq. de retr. conuentional. in fin. numero 15. quem eleganter confutat Pinel. in l. 1. 3. part. num. 52. versicul. Sed communis litera C. de bon. matern. quo in loco contra illius tex. decisionem multas excitat difficultatęs, quibus commotus, illam nimis rigurosam esse, reputat, & ingenuè fatetur ibid. in versicul. Ego ingenuè fateor, si contra Iurisconsult. loqui, liceret, contrarium in specie illius §. æquius, & verius videri; contra quem, scripsit Matienz. in l. 2. titul. 3. gloss. 1. num. 17. circà fin. libro 5. recopil. se libenter iudicaturum, si casus obueniret in Regno illo, vbi leges Imperatorum, & Iurisconsultorum, non seruantur vt leges, sed vt dicta Prudentum, quatenus morali & æqua ratione mouentur. E diuersò Cald. d. verb. contractum fecisti, num. 10. versicul. Nobis verò, Vlpian. decisionem in d. §. final. subtilem potiùs, dicit, quàm rigurosam esse, ac vulgatissimis iuris prin-

principijs fundari; secundùm quæ, prædium venditoris, illi pignoris iure obligari quandiu sub illius dominio erat, non poterat; nec pacto aliquo effici potuit, vt res sua illi obligaretur, l. neque pignus. ff. de reg. iur. nec item prædium illud postquàm venditionis titulo in dominium minoris peruenit, obligari illi potuit absque decreto; atque ita rectè, & secundùm planas iuris regulas Vlpian. respondit in d. §. final. quem sic interpretatus est Cald. loco proximè citato, Barbos. in l. si constante, in princip. num. 123, ff. solut. matrimon. Valasc. consult. 77. nu. 6. tom. 1. Non tamen ex hoc illius tex. rigor tollitur, quem considerat Pinel. d. l. 1. 3. part. nu. 52. Valasc. de iur. emphyt. quæst. 35. nu. 4. & alij varios propterea ad tex. illum tradentes intellectus.

3. Idcircò, de eo scripsit, Vincent. de Franch. decis. 369. num. 9. 2. part. non posse allegari concludenter pro decisione causarum, iuxta Bart. doctrinam in l. in ambiguo. ff. de reb. dub. & aliorum de quibus ibi per eum, quòd, nempe, lex quæ patitur varios intellectus non potest allegari ad decisionem causarum, vt pro regula ponit Ias. in l. admonendi, in lect. num. 67. ff. de iureiur.

4. Sustinenda tamen est Vlpian. decisio in d. l. 1. §. final. vt iuris regulis consentanea, ac secundùm eas planè procedens, quam approbat Paul. Iurisconsult. in l. sequenti. Quo tex. planè, & absque vlla hæsitatione corruit intellectus quem ad d. §. final. probauit Gutierr. de tutel. & cur. d. 2. part. cap. 5. num. 39. intelligens cum Cuman. & Alciat. ab eo citatis, loqui in pacto hypothecæ apposito ex interuallo post celebratam venditionem; quem intellectum, vltra quàm, quòd non conueniat literæ tex. d. §. final. manifestè confutat d. l. 2. immediatè sequens, quæ annectitur ad præcedentem decisionem, & euidenter ostendit, eam esse de hypothecæ pacto apposito in ipso contractu venditionis. Quarè tex. ille necessariò de pacto in continenti apposito intelligendus est; & vt rigor ille ab alijs consideratus, non ita simplex & durus appareat, sed æquitatis quodam condimento delibutus, ad quam Iurisconsulti meritò respicere potuerunt, considerandum est, pignorationis pactum venditioni adiectum, de quo in d. §. final. si valeret, magno potuisse minori nocumento esse; poterat enim venditor pretio sibi statuta die non exoluto, vti pignoris iure, & rem ipsam sub hasta venditam, minori pretio, quàm quo vendiderat, ac etiam minus iusto recuperare ipse, aut licitator alius: Cui nocumento vt occurreretur, decisum fuit secundùm ordinarias iuris regulas, vt tale pactum non valeret: hanc enim ob causam contra alienationes & obligationes rerum minoris annullatiuo remedio prouisum iure fuit, spreto restitutionis auxilio, vt, vbi maius vertebatur periculum, & damnum, pinguiori auxilio, minoribus succurreretur. Nec verò idcircò, vlla iuris, æquitatisue ratio exigebat, vt totus contractus irritus maneret in proposito casu; eueniret, namque, id, quod partes principaliter intenderunt, nempe, rem pretio definito vendere, ab eo pendere quod accessoriè apposuerunt, cuiusmodi est, pignoris constitutio ad pretij securitatem; & iuris regulæ non patiuntur, nec contrahentium menti conuenit, vt quod principaliter inter eos actũ est, ab accessorio pendeat, illoquè infirmato infirmetur. l. si in emptione. ff. de contrahend. empt. l. ex pupillari ff. de vulgar. & pupil. substit. l. quod per manus. ff. de iur. codicillor.

5. Ex quo intellectu, ac decidendi ratione ad d. §. final. vera ac tuta resolutio infertur ad quæstionem quã valde Doctor. controuertunt, de re vendita minori cum pacto resolutiuo adictionis in diem, aut de retro vendendo, an, non interposito iudicis decreto, tale pactum valeat? Quam quęstionem latè differit Pinel. in pacto reuendendi, vtriusque partis Authores diligenter recitans, d. l. 1. 3. part. num. 53. vbi partem affirmatiuam amplectitur vt æquiorem, & veriorem, qnam, & receptiorem esse testatur, & probat etiam loquens in pacto addictionis in diem, & legis commissoriæ, in num. pręcedente, illatione quinta. Nec ad d. §. final. quo contrariæ partis Authores pręcipuè nituntur, aliud respondet, quám, non debere decisionem illius tex. extendi vltra casum in quo loquitur, tanquàm rigore plenam, ac à iuris regulis, vt censet, deuiantem, vt præmiserat d. num. præcedente; ex quo cum tribus sequentibus illationes multas deducit; & nouissimè Pinel. refert & sequitur Mantic. de ambig. cõuention. lib. 4. titul. 29. nu. penult. tom. 1.

6. Francisc. de Cald. veró d. l. si curatorem, verb. contractum fecisti, num. 9. versicul. In illo igitur, quia decisionem d. §. final. secundúm iuris principia esse, scripserat, communem sententiam probans in pacto resolutiuo, respondet ad d. §. diuersam esse causam pignoris, ac pacti prædicti, quia, secundùm eum pignoris constitutio, in specie d. §. final. nec ante venditionem potuit subsistere, quia res sua venditori non potuit obligari, nec post venditionem, quia cùm res effecta esset minoris, sinè decreto oppignotari non potuit: quod secus est, inquit, in pacto de retro vendendo, & similibus, cùm possit quisquam in rei suæ venditione apponere pacta quæ bonis moribus non aduersentur. Sed hæc solutio difficultatem non tollit; nam & pactum de retro vendendo in proposita specie, confertur in tempus inhabile, sicut pactũ de pignore, in tempus, inquam, quo res, minoris futura est venditionis titulo, cùm ante illam, ipsius primi venditoris res sit; & sicuti res propria nõ potest domino obligari, ita nec venditio in illa consistit, l. neque pignus ff. de regul. iur. post venditionem veró, quia res sub dominio minoris iam reperitur, videbatur non posse ab eo retro vendi absque decreto, vt omnes fatentur, quando pactum de retro vẽdendo ex interuallo appositum est, sic intelligentes. l. si ad resoluendã. C. de præd. minor. cum gloss. ibi verb. *emisisti*, communiter recepta secundùm Pinel. d. l. 1. 3. part. num. 54. Quod, si quis obijciat, aliud esse, vendere, aliud, pactum de vendendo, vt, quanuis venditio in rem propriam non cadat, cadere tamen possit pactũ de vendendo collatũ in tempus quo paciscentis futura non est: hoc quidem, verum esse fateor, dummodò tempus, in quod confertur pactum de vendendo, ad id inhabile non sit, sicuti est quando confertur in tempus, quo res, minoris futura est, qui sinè decreto alienare eam non potest, nec pignorare. Qua ratione, quanuis aliud sit, pignoris constitutio, aliud, pactum de constituendo pignore; nec hoc quidem valeret collatũ in tempus, quo res, minoris futura esset, ex d. l. 1. § final. ff. de reb. cor. cuius decisio tam locum habet, quando pignoris constitutio in ipsa venditione interuenit, collata in tempus, quo res ad minoris dominium deuenisset, quâm, vbi pactum de pignorando in idem tempus collatum interuenisset; & in hoc quidem casu illius tex. decisio procederet faciliùs. Constat, itaque, nullam

nullam differentiæ rationem à Francisc.de Cald.afferri inter pactum pignoris de quo in d.§.final.& pacta resolutiua, in quibus communem sententiam probat.

7. Quarè Alc. in l.post contractum,num.54. ad fin.ff. de donat. inter hæc distinctione quadam vsus est, quam sibi placere,dicit Barbos.in l.si constante, in princip. nūm.124. versicul.Neque obstant.ff.solut.matrim. ea autem est inter pactum, quod respicit dominium,& illud quodammodò diminuit, cuiusmodi est pactum adiectionis in diem, vel aliud resolutiuum;& pactum,quod non respicit, nec diminuit in aliquo dominium, cuiusmodi est hypothecarium pactū; & in hoc procedit decisio d.l.1. §. final. vt non valeat pactum ex ratione de qua ibi,nec contractum inualidet, ad quem accessoriè ponitur; valebit autem eodem themate retento pactum resolutiuum, quod respicit dominium;quia æquè principaliter apponitur,ac contractus ipse,& per appositionem, illius, non efficitur emptor simpliciter dominus, sed cum onere futurę resolutionis.

Hæc quidem quæ subtiliter dicta apparent, concludentem differentiæ rationem inter vnum, & alterum pactum non insinuant, nam, etsi hypothecarium, nihil de dominio tollat l.pignus.C.de pignorat.act.negari tamen non potest,quod onere quodam illud afficiat; si ergo,cùm dominium, venditionis titulo transit in minorem, in specie d. §. final. hoc hypothecæ onere affectum nō transit, sed illo liberum, ex ratione de qua ibi; cur in eadem specie dominium transibit affectum onere pacti resolutiui, in quo eadem illa ratio cernere est, quòd, vbi dominium quæsitum est minori,cæpit non posse reuendi?

8. Sustinenda tamē est prædicta differentia, & communis sententia ad pacta resolutiua in continenti posita,quam latè defendit Tiraq. de retract. conuent.in fin.ex nu. 2. cum sequentib. sequuntur, & cōmuniorem sententiam esse,profitentur. Pinel.d. l.1. 3.part.num.53. Cald. d.verb.contractum fecisti,nu.9. versic.Secundò infertur, Barbos. d. l. si constante, in princip.num.124. Valasc. de iur.emphyt.quęst.35.num.4. Gutierr.d.c.5. num 37.& sequenti. Et pro differentiæ ratione inter pignoratitium pactum, & resolutiuum, dicendum est, in pignoratitio detrimentum minoris verti posse, vt sup. obseruauimus ad intellectum d.§. final. quod in resolutiuo, quando pro eodem pretio quo minor emit, rem reuendere, sub ipso contractu paciscitur, euenire nunquam potest,nec considerari; idcircò prætoris decreto opus nō erat, vt pactum valeret, quod nullam vnquam potuit minori lęsionem afferre,& probatissimum iure est; alterum verò, etsi iuri quoque, aut bonis moribus,in se sumptum non aduersetur, quia minori potuit læsionem afferre, sinè prætoris decreto valere non debuit,vt rectè, subtiliterquè interpretatus est Vlpian. in d.l.1.§. final. ff. de reb.cor.

9. Quod autem sup. scripsimus de prohibita alienatione immobilium absque decretò, tam procedit in prædijs rusticis de iure antiquo Digestor. quàm de iure Codic. & tam in adulto, quàm in pupillo, & tam cùm alienatio fit per minorem curatore carentem,quàm cùm fit per minorem,& curatorem illius;semper enim, vt alienatio valeat, iudicis decreto, causæ cognitione præmissa opus est, & ita sentiunt communiter Doctor. vt asserit Pinel. d.l.1. 3.part. nu.53. versicul.Antequàm verò, tradit Cald.cum relatis ab eo d.l.si curatorem,

torem, verb. *Res*, nu. 2. C de in integr. restit. minor. vbi addidit, hoc procedere etiam in eo qui veniam ætatis impetrauit, vt probat l. eos C. de his qui ven. ætat. impetrauer. l. final. C. si maior fact. alienat. fact. ratam habuer. quod & legibus nostris Regijs comprobat ibi, & repetit in verb. *contractum fecisti*, nu. 21. & ex Gom. 2. tom. c. 14. num. 12. communem refert, & sequitur Gutierr. de tutel. 2. part. c. 5. num. 71. & cum alijs, quos refert, probat Mantic. de ambig. conuent. lib. 4. titul. 6. num. 34. tom. 1. Et hæc quidem ita securè procedunt in alienatione immobilium.

10. Circá mobilia verò, & prædia vrbana, distinguenda sunt tempora, & iura; nam de iure Digestor. & etiam de iure Codic. ante constitutionem de qua in l. lex quæ tutores C. de administrat. tutor. alienari poterant per tutores, & curatores minorum, etiam si pretiosa essent, ac talia quæ seruando seruari poterant; quæ alienandi potestas sine decreto, interdicta ibi illis est in omnibus, exceptis ijs duntaxat, quæ seruando seruari nequeunt. Hæc ergo alienare solùm potest hodie curator adulti, & tutor pupilli, absque decreto; & adultus ipse solus si curatorem non habet. Quo casu accipiendus est hodie tex. in d. l. si curatorem, vt ibi sensit gloss. verb. res: qua tacita, cum alijs ab eo citatis idem probat Alex. ibi num. 3. licèt Cald. d. verb. *Res*, in fin. secutus Ryminald. ab eo relatum in §. 2. instit. quib. alienar. lic. num. 21. opinetur, minorem curatore carentem mobilia omnia indistinctè alienare, per se posse; quasi sic, plus lex confidat de alienatione facta per solum minorem curatore carentem, quàm de alienatione facta per minorem cum curatore illius, quod nulla iuris ratio patitur; & contrarium potiùs est asserendum, vt colligitur ex l. clarum C. de authorit. præstand. & in alio articulo notat Bald. in l. 2. quæst. 9. versic. Posset distingui, col. 6. C. de rescind. vendit. & in alio Pinel. ibi, 3. part. c. 1. num. 28. in princip.

11. Minor, itaque, qui curatore caret, alienare ea per se, solus hodie potest, quæ posset curator illius si eo non careret, mobilia, inquam, quæ seruando seruari non possunt, d. l. lex quę tutores, in fin. præterquám si veniam ætatis impetrauit; tunc enim mobilium omnium alienatio illi liberè commissa est, absque restitutionis auxilio, vt á contrario sensu probat l. eos, & ibi gloss. verb. immobilium. C. de his qui ven. ætat. impetrau. vbi, solùm ad alienationem immobilium faciendam ab eo qui veniam ætatis impetrauit, requiritur decretũ; comprobant leges nostrę desumptæ ex d. l. eos, lib. 1. titul. 87. §. 28. & lib. 3. titul. 42. §. 2. Et in hoc casu accipienda est sententia Ryminald. & Cald. illum sequentis, vbi sup.

12. Hìc incidit controuersa nimis quęstio, de pretij redditione, cùm alienata minor reuocat: omnes enim conueniunt, eum ad reddendũ pretium quod acceperat, teneri, quatenus in rem illius versum fuisset: sed cui probandi onus circá id incumbat, in ambiguo est; nam alij in minorem qui pretium recepit; alij in emptorem qui illud dedit, hoc onus reijciunt: alij mediam viam eligentes distingunt inter alienationem nulliter factam, & eam quæ ritè facta est, sed restitutionis auxilio retractatur; vt primo casu emptor probare teneatur, pretium, minoris commodo cessisse; posteriore verò, minori incumbat, probare, malé perditum fuisse; quæ fuit sententia gloss. in l. prædijs rum, verb. constiterit. C. de prædior. minor. iuxta prioris casus positionem in-

intelligentis tex.ibi, & tex.in l.vtere, & l.si prædium, eod. titul. sequuntur Bart. Salyc. & communiter Scribent. in d. l. prædiorum, vt testatur Socin. conf.115. num.13. versicul. Circà tertiam, vol.1. Mauric. de restitut.in integr.c.221. num. 1. nec dissentit Odd. in eod.tract. 1.part. quæst.36. artic. 2. iuxta regulam, quam ibi præmittit num.11. cum 1. ad eam limitatione, & pluribus citatis communem dicit, & sequitur Menoch.de præsumpt lib.3. præsumpt.84.num.4. Cald.in l.si curatorem, verb. hunc contractum, nu. 11.C.de in integr.restit.minor.

Pinel. verò, qui articulum hunc, morem suum secutus, latè & diligenter examinat in l.2.3.part. c.1.ex nu. 24 cum sequentib.C. de rescindend. vendit asseruit, quòd in eo iura variè loquuntur, & Doctor. non sibi constant, & num.26. contendit, idoneam differentiæ rationem, non reperiri ad prædictam gloss. distinctionem, idcircòquè, magis probat, indistinctè onus probandi pretium in vtilitatem minoris versum fuisse, penes emptorem manere, siue de nullitate, siue de restitutione contractus minor agat; hocqué receptius esse, testatur in nu. sequenti, perpensa ad id Bart. sententia, Bald. Salyc. & aliorum communiter Scribentium in l.1. C. si aduers.creditor.qui in casu restitutionis loquentes, emptorem arctant probandi onere, præterquàm in casu quo minor restitutionem petit, in eo tantùm se læsum proponens, quòd pretium á se receptum malè perdiderit; quo casu læsionis à se deductæ probandę onus illi incumbit, secundùm Bart. & communiter Scribent.in d.l. 1.iuxta quam sententiam, secundùm Pinel.accipienda est gloss. distinctio in membro restitutionis, quam scripsit, & sequuntur communiter Doct. in d.l.prædiorum.

13. Aduertit verò Pinel. in num. 28.ad fin.id quod ex communi scripsit, minorem læsum, quia pretium perdidit, restitui debere. tunc procedere, cùm emptor in culpa fuit, soluendo, scilicet, absque debita solennitate, aliàs enim si ritè soluit, & pecunia casu aliquo, aut culpa alterius amissa fuit, restitutio non competet contra emptorem, vt tradit Bart. in l. si sinè §.interposito, num penult.ff. de administrat.tutor.& latè comprobat Mench. lib.3. quęstion. forens. c. 67.post num.2.& Cald. qui illum retulit d.verb. hunc contractum, num. 12.& sequenti, licèt, de communi in contrarium, testentur; quæ procul dubio accipienda est, cùm in solutione ipsa, culpa aliqua soluenti imputari possit. Conueniunt quæ infr. traduntur c.8.num.26. ad abnegandam restitutionem, quando contractu fragaliter gesto à minore, læsio postea fortuitò euenit, per tex.in l.verum.§. sciendum.ff.de minorib. cum communi de qua ibi.

14. Sed quod attinet ad principalem quæstionem, cõmunem gloss. Bart. & cæterorum distinctionem in d.l.prędiorum, inter nullitatem contractus, & rescisionem illius ex capite restitutionis, tenendam, puto, simpliciter, & prout ibi tradita est; &, si non placet gloss. communis differentiæ ratio inter vnum & alterum casum, quam confutat Pinel. d. c.1. num.26. aliam assignat Menoch. d.præsumpt. 84.num.penult.& vltim. Vltra quas, considerari etiam potest pro ratione differentiæ, quia de restitutionis natura est, vt omnia in pristinum statum reponantur, ita vt vnusquisque in integrum ius suum recipiat.l.quòd si minor §. restitutio ff. de minorib. vnde, cùm minor ad restitutionis remedium conuolat, illius naturam seruare debet, quæ exigit, vt pretium quod

quod recepit, emptori reddat, vt ex præmissa restitutionis natura consequenter infert Paul. Iurisconsult. in d. §. restitutio, atque ita restituere debet pretium, vt restitutio quam implorat, suam seruet naturam; quinimò, cùm restitutionem petit, & pretium, quod recepit, restitui debere, implicitè asseuerat, nisi in ipsa receptione pretij læsum se proponat, quod probare debet. l. nam postea. §. si minor ff. de iureiur. At verò, cùm de nullitate contractus agit, nihil aliud intēdit, quàm rem suam repetere tanquàm nullo titulo ab aduersariò possessam, si ergo ille de reddendo pretio excipiat, in vtilitatem minoris versum fuisse, probare debet, tanquàm fundamentum quo nititur, ex regul. l. in exceptionibus. ff. de probat. l. 1. ff. de exceptionib. quia aliás ad reddendum minor non tenetur, vt inter omnes constat. Atque ita vera differentiæ ratio apparet, qua & communis ipsa gloss. distinctio apparenter confirmatur.

15. Quia verò ecclesia iure minoris vtitur. c. 1. de in integr. restit. c. 1. eod. titul. lib. 6. & præcedens ratio in ea etiam militat, eadem communis distinctio in illa tenenda est: quam teneri ad reddendum pretium quo locupletior facta est, rescisso, aut annullato contractu, non est dubium, & constat ex adductis per Cald. d. l. si curatorem, verb. hunc contractum, num. 10. Et in ciuitate æquè idem dicendum est; quæ ecclesię æquiparatur, & iure minoris, sicut illa, vtitur, vt cum Fulgos. in l. ciuitas col. 2. in medio ff. si cert. petat. probat Alex. ibi num. 13. & sequenti, gloss. & communis in l. Respublica C. quib. ex caus. maior. Cald. d. l. si curatorem, verb. minoribus, nu. 61. Iuxta quam distinctionem accipiendus est tex. in Auth. hoc ius porrectum, in fin. C. de sacrosanct. eccles. qui in ecclesia loquitur, & dicit, creditorem debere probare, pecuniam quam credidit, in vtilitatem diuinę domus processisse; & sic etiam accipienda est gloss. in d. l. ciuitas, quæ loquitur in mutuo facto administratori ciuitatis, quod in illius vtilitatem versum fuisse, probare debet creditor, vt ciuitas obligetur, si enim versum ita non sit, nulla ex mutuo oritur obligatio contra ciuitatem, vt probat d. l. ciuitas.

16. Ex quo cautè accipiendum est, quod tradit Alex. d. l. ciuitas, nu. 13. & sequenti, vt, nempe, cùm ciuitas de restitutione aduersùs mutuum agit, probare creditor debeat, in vtilitatem illius versum fuisse; quod videtur contra communem distinctionem de qua sup. secundùm quam, cùm minor restitutionis beneficio vtitur, onus probandi, pecuniam in illius vtilitatem non fuisse versam, illi incumbit. Sed quod in ciuitate, exemplo minoris tradidit Alex. accipiendum est in mutuo fæneratitio, de quo ibi loquitur, vt in numer. præcedentibus apparet, in illo duntaxat intelligens. l. 1 & 2. C. si aduers. creditor. cum communi, de qua testatur ibid. Cùm ergo mutuum tenet, quia ritè factum fuit, & tamen aduersùs illud, restitutionis auxilio vtitur minor, ecclesia, aut ciuitas, si fæneratitium fuit, onus probandi incumbit creditori, iuxta communem sententiam & intellectum ad d. l. 1. & 2. Si sinè fænore mutuatum fuit, penes minorem, ecclesiam, aut ciuitatem, onus probandi erit; atque ita in vtraque specie communis opinio se habet, vt pluribus citatis tradit, & sequitur Odd. de restit. in integr. 2. part. quæst. 51. art. 5. num. 47. & 53. versic. In contrarium. Quòd si mutuum non tenuit, ita vt aduersùs illud, restitutionis auxilio opus nō sit, in vtilitatem versum probare debet creditor, siue fęneratitium

sit,

ſit, ſiue ſinè fænore datum, ſic ſalua communi diſtinctione in omnibus manente, cum limitatione in caſu reſtitutionis aduersùs mutuum ſub fænore datum; cui fæneratoris odium cauſam dedit ſecundùm gloſſ. & cõmunem in d.l.1. & 2. Hæc veró quæ de reſtitutionis beneficio diximus, propterea quòd mutuum in vtilitatem verſum non ſit, accipienda ſunt ſecundùm ea quæ inferiùs trademus in capit. de contract. ciuitat. circá reſtitutionem in caſu de quo hìc.

17. Cùm autem ex lege noſtra Regia mulier agit ad repetendam rem immobilem quam maritus ſinè conſenſu illius alienauit, quo caſu nullus manet contractus, & ipſa, hęredesue eius rem repetere poſſunt, ita tamen, vt ſi pretium in mulieris vtilitatem verſum fuit, venditori reddatur, vt in noua legum collectione cautum eſt lib.4. titul.48. §.4. & antiqua lege ſancitum erat ſub eod. lib. titul. 6. §.4. videbatur dicendum, onus probandi verſum in vtilitatem mulieris, incumbere emptori, iuxta id quod in minore, eccleſia, & ciuitate, ex communi ſententia tradidimus; cuius tamen contrarium in caſu iſto probauit Gam. & in Senatu noſtro iudicatum fuiſſe, teſtatur deciſ.217. num.2. & 3. Idquè merito, nec enim mulier in caſu iſto, iure minoris vtitur, vt quod in illo, ex communi ſententia traditur, ad eam debeat extendi; & præterea, præſumptio magna eſt, pretium à marito receptum cum illa cohabitante, in communes domus ac familiæ vſus, & vtilitatem expenſum fuiſſe, ſecundùm Bart. quem Gam. refert, conſ.124. num.1. vbi etſi loquatur in viro & vxore ſimul vendentibus, vt pretium ab vtroque communiter & ęqualiter perceptum præſumatur ad caſum de quo ibi, negari tamen non poteſt, quòd, & cùm ſolus maritus vendit, qui domus ſuæ curam habet, præſumptio pro vtili communione pretij ſit; & licèt non ita vrgens, vt cùm ſimul cum vxore vendit, ſufficiens tamen, vt onus probandi contrarium in mulierem transferatur. Quod magis probo Senatus noſtri ſententiam ſecutus cū Gam. d. deciſ.227. vbi d. num.3. vltra ſententiam de qua ibi, & iam olim ita iudicatum ſe vidiſſe, teſtatur; tametſi alij aduerſentur, è quorum numero ſunt Luſitani noſtri Valaſc. conſ. 83. num.7. & 9. tom.1. motus argumento eius, quod in eccleſia, minore, & ciuitate communiter traditur, Barboſ. in l. 1. part.5. num.38. ff. ſolut. matrimon. vbi hoc vt commune contra Bart. probat, quos nouiſsimè retulit, & ſecutus eſt alter Barboſ. in remiſsion. ad Ord. d. titul.48. §.4.

18. Aliud deinde notandum eſt circâ eandem leg. Regiam, in quo mulier à minore differre etiam, prima facie videtur; minor etenim, de pretio quod recepit, eatenus reſtituere debet, quatenus in rem illius verſum fuiſſet, ita, vt ſi partem vnam malè perdidit, & alteram ſeruauit, aut vtiliter expendit, hanc, & non illam reſtituere teneatur. l. prędiorum. C. de præd. minor. Mulier verò rem repetens ſinè illius conſenſu à marito alienatam, ex leg. noſtra, totum pretium reſtituere debet, cuius cum marito particeps fuit, vt probat Ord. d. titul.48. §.4. Atque ita, vt totum reddat, non opus eſt, in illius vtilitatem inſolidùm totum redundaſſe, ſed ſatis eſt, de illo cum marito ſimul participaſſe mulierem. Sed hoc congrua ratione ſtatutum ſic eſt, nam pretium quod mulier reſtituit; ex bonis communis ac legalis ſocietatis inter virũ & vxorem iure noſtro inductæ deducitur, ad quæ æqualiter res alienata redit, cùm â muliere recuperatur; nec enim

enim sibi solùm reuocat mulier, sed sibi, ac marito, iure societatis; atque ita conueniens erat, vt, cùm totum pretium in commune lucrum cessisset, totum mulier redderet, quę sic, in effectu eam duntaxat partem de suo reddere, apparet, quæ in illius commodum cesserat, & reddendo totum ex communi societate, re in illam recuperata, apparent omnia in pristinum statum restituta, nec alterum cum alterius iactura locupletari. Vnde consequenter infertur, quòd si maritus partem pretij quod ex re vendita receperat, dilapidasset, pro residuo duntaxat, quod in communis societatis commodum consumptum fuisset, mulier teneretur, sic intellecta Ord. nostra in d. §. 4. iuxta d. l. prædiorum, minoris argumento, â quo mulier, in hoc nihil in effectu differre, ex prædictis apparet.

19. Quamuis autem adultus curatore carens omnem contractum regulariter gerere posſit, excepta alienationis causa, vt sup. proposuimus, tamen qui curatorem habet, & sinè illo contrahit, non obligatur, iuxta l. si curatorem. C. de in integr. restit. minor. Quod procedit tam cùm minor contrahit circà castrensia, aut quasi castrensia, quàm cùm circà alia aliunde conquisita; etsi in illis posse minores validè contrahere absque authoritate eorum quibus subsunt, saluo tamen beneficio restitutionis, si grauem senserint læsionẽ, tradiderit Less. de iustit & iur. lib. 2. c. 17. dubitat. 8. nu. 62. versicul. Secundò, quasi, scilicet, castrensium, & quasi castrensium bonorum priuilegium iure scriptum in casu patrię potestatis, in minore quoque ætate locum habeat. Quod non puto verum; differentia enim est quoad hoc inter patriam potestatem, respectu cuius, priuilegij vtilitas cernitur, & minorem ætatem; in qua, si liberæ administrationis priuilegium daretur circà bona illa, nõ rarò ipsorum minorum detrimentum magnum pareret; aduersùs quod, etsi restitutionis auxilio vti possent, vt probat l. 3. §. Pomponius. ff. de minorib. Mauric. de restit. in integr. c. 231. Cald. d. l. si curatorem, verb. læsis, nu. 88. pinguius tamen est nullitatis remedium.

Et non obstat, si dicatur, maiorem esse patris in liberos potestatem, quã eam quam tutor habet, aut curator in minore; vnde videbatur, quòd sicut filiusfamil. patria potestate non obstante, castrensium, & quasi castrensium bonorũ administrationem habet, & circà illa contrahere validè potest irrequisito patris consensu, ita etiam posset minor absque curatoris sui authoritate; respondetur enim; maiorem esse patriam potestatem absolutè, & simpliciter sumptam; sed in contrahendo, plus posse filium sub patria potestate constitutum, quàm minorẽ sub curatore; videmus enim, illum contrahere liberè & validè regulariter posse, ita vt naturaliter & ciuiliter ex contractu obligetur, vt tradidimus sup. in c. 2. quo de eo egimus; quod minor, cui curator datus est, non potest d. l. si curatorem. Quæ lex sic iuxta prædicta in castrensium, & quasi castrensium contractibus amplianda erit, solis exceptis quę ad beneficialia spectant, argum. tex. cum communi per eum traditione, in c. final. de iudic. lib. 6.

20. Quod autem dicitur, minorem, curatorem habentem, ex contractu à se sinè illo gesto non obligari, de ciuili vtique obligatione est intelligendum; naturalis enim in pubere sinè curatore suo contrahente negari non potest, cùm & in impuberem pubertati proximum, tutorem habentem, & illo inconsulto contrahentem

hentem hæc cadat, secundùm communem, quam tradit, & sequitur Ias. in l. interdum num. 5. ff. de condict. indebit. per tex. quem, ommissis alijs, meliorem de iure, dixit, in l. final. ff. de iure iur. De qua sententia, & de restitutionis auxilio aduersús naturalem hanc obligationem tá pupillo, quàm puberi competente, laté egimus sup. in tex. sub verb. *Obligationes instituta.* Cùm ergo commune sic placitum sit, quod nō pauca Iurisconsultorum responsa probant, quæ d. loco adduximus sub num. 18. in pupillo doli capace, sinè tutore, quem habet, contrahente, idem multò magis in adulto placere debet ex mente communis, & ita in vtroque alijs citatis pariter tradit Sanchez de matrimon. lib. 6. disput. 38. quęst. 2. nu. 19. tom. 1.

21. Rursus, quod traditum est in d. l si curatorem, non tenere contractum à pubere celebratū inconsulto curatore, gloss. ibi verb. absimilis, intelligit, ex parte minoris, vt minor ipse non maneat obligatus, obligetur verò minori alter cum illo cōtrahens. Atque ita claudicabit contractus in casu isto, sicut, & cùm prodigus sinè curatore sibi dato contrahit. l. is cui bonis. ff. de verbor. obligationib. cui minor æquiparatur in d. l. si curatorē, iuncta gloss. ibi d. verb. absimilis; & in pupillo sinè tutore contrahente probat tex. celebris, & expressus in l. Iulianus. § si quis á pupillo. ff. de act. empt. cum alijs, quorum meminimus sup. cap. præcedente, sub nu. 4. Idquè, generale & perpetuum esse, vt qui contrahere prohibentur propter interdictam bonorum administrationem, possint solennitate legis omissa, meliorem facere conditionem suam, tradit Tiraq. post leg. connub. gloss. 8. quæst. 8. nu. 67. vbi præcedentibus, & sequentib. numer. multa similia adducit, de quo Pinel. in l. 1. 3. part. num. 30. cum sequent. C. de bon. matern. Matienz. in l. 2. gloss. 1. num. 14. cum dubb. sequentib. titul. 3. lib. 5. recop. & in minore sinè solennitate alienante, ex alijs quos refert, commune tradit illustrissim. Mantic. de ambig. conuention. lib. 4. titul. 6. num. 63. tom. 1.

Quod tamen sic accipiendum est, vt, si adultus, aut pupillus aduersùs alium ex contractu agant, & ipsi fidem in eo datam præstare debeant, alioquin cum aliena iactura nō erunt admittendi, sed magis exceptione doli repellentur, secundùm gloss. verb. non obligantur, quæ est finalis, in princip. instit. de authorit. tutor. Cui addo, quòd etsi illi non agant, poterit qui cum illis contraxit, iudicem adire, peterequè, vt curatoris, tutorisue interuentu contractus solennizetur, si hanc partem eligant, aut ex vtroque latere resoluatur; nec enim claudicare in perpetuum debet contra ordinarias iuris regulas, quod sinè alterutrius damno stabiliri, legitimo modo potest, vt notant communiter Doctor. ex tex. quem, vt singularem ad hoc, extollunt, in d. l Iulianus. § si quis colludente. ff. de action. empt. & loquens in ecclesiæ contractu absque debita solennitate celebrato tradit Garc. de benefic. 2. part. cap. 1. num. 75. vbi alios refert. Quod tamen Bart. in dict. §. si quis á pupillo, statim sequenti, in pupillo diuersum sentit, & alij ibi post eum; qua de re videndus est Pinel. dict. l. 1. 3 part. numero 34. cum duobus sequentib. An autem similis interpellatio admitti debeat circà beneficium restitutionis, vt minor cogatur declarare, si eo aduersus contractum vti vult, agunt Mauric. de restitut. in integr. c. 264. & Odd. eod. tract. 1. part. q. 25.

 art. 2.

art. 2. & quæst. sequenti, art.item 2. qui negatiuè respondent,& bene.

21. Sed & illud quærendum est, an,si vtraque pars sileat, quinquennij lapsu post legitimam ætatem solidetur contractus; quod asserendum videtur, argumento eius, quod in alienatione á minore facta absque iudicis decreto scribitur in l. final. C. si maior fact.alienat.rat.habuer.si enim vbi maioris damni periculum vertitur, vt euenit in alienatione rei propriæ absque decreto, quinquennalis silentij spatium actum reualidat, tacita ratihabitione inducta,multò magis ex eiusdem temporis lapsu tacita ratihabitio erit inducenda ad actum minoris pręiudicij. E diuersò verò, quia ius dicendi nullum, personalem parit actionem, videtur, quòd non minori quàm triginta annorum spatio excludatur,iuxta l.sicut.C.de pręscript.trigint. vel quadragint. annor. vt cernitur in actione nullitatis contractus propter enormissimam læsionem,quæ triginta annis durat currere incipientibus in persona illius,qui doli, qui in læsione hac inesse censetur,particeps non fuit; nam qui dolũ commisit, id est,principalis ipse contrahens, aduersùs læsionem enormissimam,actionemquè inde profectam præscribere nunquã poterit propter malam fidem illi inhęrentem, vt tradit Cabed.decis.70.nu.7.tom.1.

Cæterùm, præsens casus ad quinquennale tempus,de quo in d.l.final. magis spectat, quia in eo non agitur de præscribẽda actione,nullitatis causa competente, sed de ratihabitione cõtractus, quam minor postquàm ad legitimam ætatem peruenit,expressè præstare, statim potest, ita vt ratihabitione secuta,firma maneant quæ in minore ætate gessit.l.1. & 2.C.si maior fact. rat. habuer. quòd si expressa ratihabitio non interueniat,per quinquennale silentium tacita à lege inducitur in d.l.final. quæ eandem vim habet,quam expressa,ex regul.l.cùm quid ff.si cert.petat.vt notauit Bart.in d.l.final. Salyc.ibi nu.2. post gloss.super rubric. illius tituli, & communiter Scrib. Cald. in l. si curatorem, verb.infrà legitim. temp.num. 21. & final de in integr.restit.minor. Denique,certa sunt in iure statuta tempora ad retractanda ea quæ in minore ætate gesta proponuntur, quadriennium,nempe,in restitutionis causa,in l.final.C.de temporib.in integr.restitut. aut quinquennium in causa alienationis titulo oneroso factæ sinè decreto,quo casu,alienationis cõtractus, nullus erat; & ideo præsens casus secundùm illũ determinandus est, qui ad cõtractus nullitatem pertinet quę tacita ratihabitione purgatur,de qua in d.l.final.& ratihabitio siue expressa, siue tacita trahitur ad tempus contractus,vt ibi probatur, & tradit Mãtic.d.lib.4.titul.6.nu.65.

23. Hoc autẽ quinquennium incipit post completam ætatem viginti quinque annorũ,& non ante,tametsi minor ætatis veniam impetrauerit,vt probat d.l.final. explicat Cald. d.l. si curatorem, verb. contractum fecisti, nu.22. & verb.infr.legitim. temp.nu. 22.Quo in loco disputat ad leges nostras Regias, secundùm quas cõiugatus viginti annorũ pro maiore decernitur,an illi quinquennium de quo in d.l.final. á vigesimo ætatis anno currere incipiat,quasi tunc in maiore ætate per legẽ sancita constituto; & nõ currere, nisi à vigesimi quinti anni complemẽto,secundùm dispositionẽ tex.in d.l.final. verius esse, scripsit,& praxi receptum, immemor contrariæ sentẽtiæ,quã in eodẽ articulo ad easdẽ leg.Regias,tenuit,ac per multa cõprobare nixus est.d.verb.contractum fecisti,n.22.ex versic,Quibus tamen.

Sed

Sed sententia ista quam primo loco tenuit, verba Regiarum Ord. coarctat nimis, ac violat, quia sinè dubio, & per eadem verba pariformiter loquuntur in coniugato, & in eo qui veniam ætatis impetrauerit, cui quinquennium currere à vigesimo quinto ætatis anno, secundùm dispositionem. d. l. final. vtrobique agnoscit Cald. quó circà idem in coniugato æquè probare, oportuerat, vt meliorem partem eligens posteriore loco probauit. Pro qua, & illud vrget, quòd veniam ætatis non adipiscitur minor, nisi causę cognitione pręcedente, qua de maturitate iudicij illius ad res suas bene gerendas cõstet; quæ causæ cognitio in coniugato nõ præmittitur, sed eo ipso quo ad viginti annorum peruenit ætatem, rerũ suarũ administrationem adipiscitur habitus pro maiore; si ergo illi qui de iudicij maturitate docuit, ex quo venia ætatis impetrata, pro maiore habetur, quinquennium non currit, nisi post vigesimum quintum ætatis annũ completum, vtique, coniugato non ante currere debet, qui etsi pro maiore decernatur, nullum tamen ad id, de animi stabilitate subijt examen, testimoniumue protulit, vt ille. Denique hunc, & illum lex Regia pariformiter per eadem verba determinat, tam in antiquis á Cald. citatis, quam in noua collectione lib. 1. titul. 87. §. 28. quo in loco etsi vterque pro maiore á lege pronuntietur, non tamen id ita absolutè determinat, quin casum alienationis immobilium absque decreto excipiat; ex quo cessat quod in contrariam sententiam mouit Cald. d. verb. contractum fecisti, num. 22. & indubitanter tenenda est illa, quam postea amplexus est d. verb. infr. legitim. temp. nu. 22. quam & praxis obseruat, vt ibidem asseruit in versicul. Quæ est noua.

24. Circà quadriennium quoque ad petendam restitutionem ante gestorum, differentiam constituit ad ius Regium, inter illum qui veniam ætatis impetrauit, & coniugatum: in illo enim, probat Cald. d. verb. contractum fecisti nu. 22. versicul. Comprobari, quadriennium incipere à die impetratæ veniæ, ita tamen, vt nunquam ante vigesimum quintum ætatis annum completum finiatur, secũdùm dispositionem l. ea quę C. de tẽporib. in integr. restit. & ita asserit, esse communem sententiam cũ gloss. ibi, quod etiam tradiderat sub verb. hunc contractum, num. 43. versicul. Quod maximé; idem ex communi, & alijs quos refert, tradit Odd. de restit. in integr. 1 part. quæst. 20. art. 1. nu. 5. in coniugato verò diuersum tradit Cald. vt in illo, nempe, quadriennium incipiens à vigesimo ætatis anno, vigesimo quarto expiret; idquè ex eo probat, quia legibus nostris, coniugatus viginti annorum natus, efficitur maior; & legitima, seu maior ætas, illa est, quam lex decernit, vt in proposito tradit Paul. d. l. ea quæ, nu. 4. Afflict. & Rebuff. citati à Cald. distinguentes inter legem, & rescriptum, quibus conuenit Odd. d. quæst 20. art. 1. nu. 8. distinguens inter veniam ętatis ab homine, aut à lege. Quorum ego sententiam libenter amplector intellectã de lege generaliter, & absolutè legitimam, seu maiorem ætatem in hominibus definiente, tunc enim quadriennium incipiet, & continuò curret ab illa, quam lex declarauerit, sicut & quinquennium de quo sup. quia positiui iuris est, in hominibus hanc, aut illam ętatem pro maiore, & perfecta diffinire, vt ex Bald. in l. 1. in fin. ff. de minorib. & communi sententia tradit Sfortia Odd. de restitution. in integr. 1. part. quæst. 2. art. 6. vbi aliquorum meminit locorum, & pro-

uinciarum in quibus minoris ętatis determinatio abbreuiata est.Ita tamē hoc intelligitur,vt ea semper assumatur ętas,qua,perfectum, ac maturum animi iudicium naturaliter hominibus inesse, credatur secundū variam climatum, ac cælorum cuiusque loci temperiem,secundùm quam naturalis iudicij vigor & perfectio aliquādo variatur,vt per Odd. loco citato; nec enim sub legis potestate cadit, vt in decimo quarto, aut decimo quinto anno perfectā statuat; sed quod prioribus Iurisconsultis, ac Legumlatoribus de vigesimo quinto ætatis anno visum est,poterūt posteriores,ex causa qua iustè moueantur ad sic statuendum,in tempus anterius retrahere,ita tamen,vt ab Antiquorū placito summa ac vniuersali iuris prudentia stabilito nō multùm recedentes, minoris ætatis imbecillitatē,quatenus aliorum captionibus est supposita propter naturalem animi defectum, semper præcaueant.

25. Quod verò attinet ad cōiugatos nostros,idē de illis iudiciū fore, credo,in quæstionē præsentem,quod scripsi ad pręcedentem;quia nos legē non habemus, quæ statuat, in coniugatis perfectā, seu maiorem esse ætatem in vigesimo anno, sed lex voluit, vt huius ętatis homo vxoratus pro maiore haberetur,ne in his quę postea gesserit, quasi minor restitutionis auxilio frueretur,idem æquè ac pariformiter statuens in eo qui veniam ætatis impetrauit,vt d.lib.1.tit.87.§.28.& lib.3.tit.42.§.3.vtrobiq; enim de vno, & altero lex loquitur pro maiore habendo ad effectū denegandæ restitutionis circâ ea quę postea egerint;vnde nō est extendenda ad antea gesta, ad quæ præsens casus pertinet, præsertim cū iuris cōmunis correctione, iuxta regul. quæ à iure communi exorbitant,de regul.iur.lib.6.cū vulgari glossـ. & Doctor.traditione ad Auth. quas actiones.C.de sacrosanct.eccles. Et hęc quidē sententia multò magis persuadebitur consideranti,legē Regiam fauore coniugatorū sic statuisse, vt illi,nempe, faciliùs inueniant cum quibus contrahant pro oneribus matrimonij: quæ ratio, & mens legis cū antea gestis nihil commune habet,&, si ad ea legis dispositio traheretur, fauor, & beneficium in odium, & damnum conuerteretur, dum restitutionis auxilio, quod ad illa quæ ante matrimonium malè egerant, ad vigesimum vsque quintum ætatis annum poterant implorare, expleto vigesimo quarto priuabantur. Denique, quòd non aliud lex intenderit, quàm restitutionis auxilium in postea gestis abnegare,& ad hunc duntaxat effectum, coniugatum viginti annos natum pro maiore habendum fore,decreuerit,sicut & illum qui veniam ætatis impetrauit, ipsa palam ostendit d.titul.87 §.28.vbi traditum est, ad immobilia ab illis cum iudicis consensu, & authoritate alienata restitui non debere,tametsi læsi proponantur; & tamen subdit lex, quòd,si sinè iudicis authoritate alienauerunt, nullus erit cōtractus, vt in minoribus prouisum extat,sic apertè insinuans, perfectā ętatē coniugatis in vigesimo ætatis anno absolutè nō stabiliri, sed ad effectū duntaxat abnegandę restitutionis in ijs quæ postea egerint, ex ratione de qua sup.quæ palam cessat in antea gestis,vt diximus.

26. Ex qua sentētia, & resolutione,quā iure nostro stāte verissimā cēseo,infero ad Ord.d.lib.3 tit.42.§.fin. quę tradit,relictū alicui,seu promissū, cū ad perfectā seu legitimā peruenerit ætatē,nō illi deberi,nisi postquā vigesimū quintū ętatis annū impleuerit, tametsi antea veniā ætatis impetrauerit;erit enim in cōiugato lex ampliāda

tametsi

tametsi Cald. contrarium sentiat d. verb. contractum fecisti, num. 22. versic. In §. verò, ponderans ad id, quòd lex loquitur in illo qui veniam ætatis impetrauit, & non in coniugato, quasì, ille apud nos, vt legitimæ, seu perfectæ ætatis homo non habeatur, hic verò, sic, & ideo, inquit, cum mysterio locutum fuisse Legislatorem in illo qui veniam ætatis impetrauit. Sed certè mysterium stat in eo, quód Lusitanus Legislator cum iure communi conformare se volens, legem protulit iuxta ius commune in l. final. C. de his qui ven. ætat. impetra. de qua nostra desumpra est. Prętereá, titulus ille, tam in Ord. antiqua, quam citat Cald. quàm in noua, de illis inscribitur, qui speciali Regis beneficio veniam ætatis impetrant; idcircò etiam Legislator in d. §. final. de illis est locutus ad casum de quo ibi, vt eius dispositio rubricæ tituli, sub quo iacet, aptaretur, circà coniugatum viginti annorum, quem aliàs ętatis veniam impetranti æquiparat omnino, idem proculdubio responsurus, si de illo casus occurrisset, iuxta ea quæ sup. dicta sunt.

27. Vltimò, pro complemento præsentis articuli discutienda est quęstio, de minore, qui se maiorem dixit. Quem, si alterius circunueniendi causa, maiorem se esse, fallaciter asseuerauerit, constat, restitutionis beneficium perdere in negotio illo, in quo sic dolosè versatus est. l. 2. & 3. in prim. responso Cod. si minor se maior. dixer. nam propter dolum in vno adhibitum, beneficium ætatis in alijs non amittit, nec respectu aliorum cum quibus non contraxit, vt cum Bald. Angel. & Paul. in d. l. 3. probat Odd. de restit. in integr. 1. part. quęst. 24. art. 6. n. 50. idquè etiam si cum iuramento maiorem se esse, affirmasset, vt tradit Specul. titul. de restit. in integr. §. Quis autem, col. 4. nu. 12. Si verò per aduersarij circunuentionem, aut ætatis facilitate lapsus maiorem se dixit, cùm minor esset, beneficium non amittit l. 1. & 3. in 2. respons. eod. titul. Differentia tamen est, quia cùm aduersarij dolo maiorem se dicit tametsi iureiurando hoc affirmet corporaliter præstito, erit nihilòminus restituendus, vt per l. si ex falsis C. de transact. tenet Salyc. Azon. secutus in d. l. 3. nu. 3. vbi veram, & communem sententiam dicit, quam alijs citatis tenet Odd. d. quæst. 24. art. 5. nu. 43. & contra Mauric. de restitut. c. 170. defendit Cald. in l. si curatorem, verb. læsis, num. 8. C. de in integr. restit. minor. Vbi verò minor, aduersarij dolo non interueniente, sed lubrico fragilis ætatis consilio maiorem se esse, cum iuramento affirmauerit, recurrendũ erit ad decisionem tex. in d. l. 3. versic. Si tamen; quem sic intelligit Salyc. ibi d. num 3. Specul. d. §. Quis autem num. 9. Gregor. in l. 6. titul. 19. part. 6. verb. Engañosamẽte prope fin. Cald. d. verb. læsis, num. 8. versic. Sed non. Odd. commune dicens d. quæst. 24. art. 2. nu. 8.

28. Quia verò, cùm dolus ex parte minoris non interuenit, restitutio non denegatur, tametsi aduersarius in dolo non stetisset, iuxta d. l. 1. & 3. in versicul. Aditus itaque, cum communi sententia, quęrunt Doct. an, cùm de neutrius dolo constet, in dubio præsumatur ex parte minoris, qui se maiorem dixit; contra quem in dubio præsumi, tenet Azo in summ. illius tituli in fin. gloss. in d. l. 3. verb. per testium, circà fin. Sed Salyc. ibi in fin. contrarium magis probat, quia ignorantia ętatis in dubio magis est pręsumenda; & contra gloss. tenere Doctor. ait Paul. illos secutus in d. l. 1. quam simul cũ d. l. 3. commentatus

tatus

tatus est, num. 7. versicul. In quinto casu, Gregor. sub d. verb. Engañosamente, in versicul. Quid autem dicemus, & alijs citatis communem tradit, & sequitur Odd. d. quęst. 24. art. 8. in princip. Ego in quæstione hac distinguerem inter minorem astutum ac sagacem, & non sagacem, vt in illo dolus pręsumatur, secundùm gloss. sententiam, in isto verò non, secundùm contrariam, sic conciliata vtraque.

29. Sed & illud à causæ iudice considerandum erit, an tempore, quo minor se maiorem asseuerauit, eius ętatis erat, qua minor aspectu ipso appareret; tunc enim, si cum præsente contraxit, qui ex aspectu illius, minoris ætatis eum esse, facilè cognoscere potuisset, restituendus semper erit, quanuis ab aduersario dolus illi in falsa assertione opponatur; cùm nec aduersarius ipse excusari à dolo posit, propter minoris ætatis notitiam aspectu ipso perceptibilem. Quod satis est, vt restitutio non denegetur, secundùm Doctor. qui vtriusque dolo interueniente in falsa assertione, restitutionis beneficium nō tollunt, quia dolus vnius cum alterius dolo compensatur, & scienti non committitur dolus, vt per Salyc. d. l. 3. num. 5. Paul. d. l. 1. num. 6. & 7. versic. In quarto casu, Mauric. de restitut. in integr. c. 172. vbi ad hoc ponderat l. de tutela. C. de in integr. restit. minor. & alijs citatis magis communem dicit, & probat Odd. d. quæst. 24. art. 7. ex versic. Contrarium tenent; vltra quos, idem tenet Gregor. in d. l. 6. vbi alios refert sub gloss. 1. Quæ Castellæ lex, hoc ipsum quod diximus, vt minor, qui aspectu ipso minor apparet, ætatis beneficium nō perdat, tametsi, maiorem se esse, dolosè affirmauerit, á contrario sensu bene probat ibi, *Si ouiesse persona que pareciesse de tal tiempo, si lo faze engañosamente, &c.* Et bene notandum dixit Greg. ibi d. glos. 1. Azeued. in l. 3. num. 13. titul. 10. lib. 9. nou. recopilat. vbi id iudicis arbitrio relinquit, secundùm Girond. ab eo citatum tract. de Gabell. 3. part. in princ. num. 30. Et hęc quidem constituta sic sunt circá restitutionis beneficium, quod minor, qui se maiorem dixit, perdit, vel non perdit, iùxta pręcedentem distinctionem.

30. Dubium verò erit, an eadem distinctio sit adhibenda in casu nullitatis, si, videlicet, minor prædium sinè decreto vendidit, maiorem se esse, falsò asseuerans. Et quidem, quando in hoc dolosè versatus non est, expeditum erit, nullitatis remedium saluū manere, quod nulla lege in casu isto sublatum legimus; quando verò in falsa assertione dolo se habuit, mouet dubium, quia leges eum repellentes d. titul. si minor se maior. dixer. in casu restitutionis loquuntur, quo contractus validitas præsupponitur; cùm enim contractus, nullus est, restitutionis beneficio opus non est, nec illa locum habet l. 2. C. de præd. & alijs reb. minor. l. in causæ 2. ff. de minorib. Non ergo videtur, quòd leges ex causa de qua ibi restitutionem abnegantes, quæ extraordinarium remedium est, & contractum validum supponit, qui idcircò faciliùs debuit inuiolabiliter sustineri, nullitatis remedium, quod maius est & pinguius, in quo nō loquuntur, ex eadem causa præcludere voluissent. Et ita in terminis ad statutum vrbis Romę, & alia, quę certas solennitates requirunt in minorū contractibus, tenet, & communem dicit alijs pro eadem sententia citatis Quintil. Mandos in tractat. de ætate minori c. 7. vbi distinguit inter restitutionis remedium, & remedium dicendi contractum nullum, in illo duntaxat accipiens d. l. 2. & 3. C. si minor.

se maior.

se maior.dixer. idquè etiam adhibito per minorem assertorio maioris ætatis iuramento, ex communi tradit, & probat Odd.d.quæst.24.art.4. ex nu. 26. Et secundùm hanc sententiam iudicauit Senatus noster super contractu minoris, qui se in illo maiorem dixit, & ex parte minoris, de remedio nullitatis aduersùs cōtractum opponebatur, quia sub curatore erat, qui in illo non interuenerat, ex quo, nullus mansit; iuxta l. si curatorem. C. de in integr. restit. minor.

Verum quidem est, quòd in causa illa dolus in minore non probabatur; & hoc forté principale fundamentũ fuit, quod Senatores nostros mouit, vt pro illo sententiam ferrent, quem, si, dolosè maiorem se dixisse, probaretur, à nullitatis quoque remedio, quod deducebat, forsan repellerent; id quod iure verius puto; nam, etsi leges in casu restitutionis loquantur, illarum tamen ratio, quæ expressa est in d.l.2. ibi, *Cùm iuxta statuta iuris, errantibus, non etiam fallentibus minoribus publica iura subueniant*, æqué comprehendit casum nullitatis contractus, cuius nullitas, minoris ætatis causâ & beneficio statuta iure est; vnde cùm lex beneficium minoris ætatis causa indultum, decipientibus abnegat, & illud quoque abnegatum censeri debet ex mente legis, quod spectat ad nullitatem contractus, propter identitatem rationis in lege expressæ, quę magis quàm verba illius attendi debet, & secundùm eam iustè lex ampliatur, aut restringitur.

31. Quinimó, cùm ratio legis generalis est plures casus comprehendens, dispositio illius in omnibus intelligitur, idquè in correctorijs etiam, quia tunc, non extentiuè, sed comprehensiuè, etiam casum non expressum lex decidere dicitur, secùndùm Bald. in l. de quibus ff. de legib. Cuius, & aliorum, rationem legis extollentium meminimus in commentar.l.1. part.1.§.5. num.5. Cod. de sacrosanct. eccles. & pluribus exornat Tiraquell. in l. si vnquam, verb. libertis, à num.45. Cod. de reuocand. donat. Aluarad. de coniecturata ment. defunct. libr.4. cap. vltim. ex num. 5. Mantic. de coniectur. vltimar. voluntat. libr.6. titul.14. à num. 8. cum sequentib. Quod in præsenti illud magis suadet, quia leges in restitutionis casu loquentes, ratione frequentioris vsus in illo locutas fuisse, verisimile est, quia frequentiùs euenit, vt minores restituantur, quàm nullitas contractus propter minorem ætatem, & frequentior in iure tractatus est de restitutione, quàm de nullitatis remedio ex capite minoris ætatis; porrò, lex loquens in casu vno ratione frequentioris vsus, per hoc non intelligitur, alios similes excludere, voluisse, secundùm gloss. doctrinam in clem.1. verb. pręsidentes, in fin. de rescript. vbi notant Butr. & Imol. colum. 5. Ias. in 1. lect. l. 1. num. 27. Cod. de sacrosanct. eccles. vbi alias similes gloss. ad idem allegat, & in 2. lect. nu. 32.

CAP. SEXTI

SVMMARIA.

1. DIscutitur quæstio, an valeat cõtractus à prodigo notorio gestus ante interdictam illi bonorum administrationẽ, in qua contraria referuntur opiniones.

2. Communis distinctio refertur inter eum, qui cum prodigo contrahit ante interdictam bonorum administrationem, sciens eum malè consumpturum, vt tunc non teneat contractus, & qui hoc ignorat, vt tunc valeat.

3. Alia distinctione resoluitur quæstio, & vtraque opinio in illa concordatur.
Declaratur Paul. opinio tradentis, non valere donationem omnium bonorum à prodigo factam ante bonorum interdictionem, ibi in versic. Ego verò. Et ampliatur in versic. Paul. verò.

4. Adducitur ratio ob quam prodigo bonorum suorum administratione per iudicem interdicitur.

5. Quando contractus à prodigo gestus qui notoriè prodigus non est, non teneat.
Respondetur ad ll. pro communi sententia adductas ad probandum, quòd teneant gesta à prodigo ante interdictam bonorum administrationem. d. nu. 5. versicul. Ad leg. verò.

6. Traditur prodigo aduersus gesta per eum ante interdictam bonorum administrationem, restitutionis auxilium non competere; competere verò aduersùs gesta post bonorum interdictionem per curatorem illius, in quibus læsus reperitur, in versic. Nec denique.

7. Quis sit prodigus, traditur. Et quot dissipationis actus requirantur, vt ad bonorum interdictionem deueniatur, iudicis arbitrio relinquitur in nu. sequenti.

8. Ex actu vno mores hominis non determinantur.

9. Vt prodigo bonis interdicatur, causæ cognitio præcedere debet cum citatione illius; quæ citatio necessaria non est, vt furioso interdicatur.

10. Bartol. sententia probatur tenentis, non & sufficere sententiam prodigalitatis declaratoriam ritè latam, vt eo ipso bonorum administratio interdicta reputetur.

11. [see above]

12. Quid si iudex præconizare facit per ciuitatem ne quis cum tali contrahat, an ex hoc bonorum interdictio inducatur.

13. Cum Bart. probatur, per solam curatoris dationem, bonis interdictum censeri.

14. Intelligitur Ord. lib. 4. titul. 103. §. 6.

15. Probatur Bart. opinio tenentis, interdictionem bonorum factam virtute sententiæ latæ ex falsa causa valere.
Respondetur ad l. tutor si petitus & l. Seia egressa. ff de tutor. & curator. constituta differentia inter decretum voluntariæ iurisdictionis, & contentiosæ. d nu. 15. versicul. Et non obstant.

16. Prodigus, cui bonis est interdictum, non potest ex contractu à se gesto alteri obligari, nec rem suam alienare; alterum verò obligare sibi potest.

17. Vtrum prodigus ex contractu à se gesto qui sibi vtilis est, alteri obligetur.

18. Prodigi contractus nec adhibito iuramento firmatur, in quo à minore differt; & differentiæ ratio assignatur.

19. Prodigus obligatur ex delicto, & ex eo vt quilibet alius punitur. Et num. sequenti, in fin.

20. Prodigus nec naturaliter obligatur ex contractu à se celebrato, in quo à pupillo doli capace, & adulto differt.
Pupillus doli capax ex delicto obligatur, non tamen punitur ordinaria delicti pœna. d. nu. 20. versic. In delictis.

21. Prodigus in testamentis æquiparatur pupillo, & furioso, qui testari non possunt, & differt ab adulto curatorem habente qui potest testari.

22. An prodigus ad sanos mores rediens bonorum administrationem recuperet absque aliqua iudicis sententia, agitur, & numer. sequentib. vsque ad 27.
Explicatur Ord. lib. 4. titul. 103. §. 2. & §. penult.

penult. ibi, in versic. Notanda.

23. Prodigus cui bonis est interdictum, etsi decurio ciuitatis creetur, non ex hoc illorum administrationem recuperat.

24. Prodigus eo ipso quo bonos recipit mores, à potestate curatoris liberatur, contrahere liberè potest, & testamentum condere; & explicatur l. 1. ff de curator. furios. & numero 26.

25. Traditur, quomodo probetur, prodigum ad bonos mores rediisse, vt bonorum suorum administrationem recuperet.

26. Acta à prodigo ex quo frugaliter agere incipit, valida sunt.

27. Sententia iudicis qua declaratur, prodigum ad bonos mores rediisse, vt bonorum suorum administrationem recuperet, ad quid prosit.

28. Quid de iure nostro ad intellectum Ord. lib. 4. titul. 103. §. penult.

29. Mente captus per omnia furioso aequiparatur.

30. Discutitur, an homini rudis & hebetis iudicij circà rei familiaris administrationem, qui nec prodigus, nec mente captus omnino sit, bonis interdici per iudicem posit, & pars negatiua probatur.

31. Disputatur, an contractus ab homine irato celebratus valeat, & negatiua Bart. & aliorum opinio refertur. Et contrariae sententiae argumenta adducuntur in num. sequentib.

32. Delictum iracundiae calore commissum, punibile esse, traditur.

33. Votum calore iracundiae factum valet, secundùm communem sententiam. Contraria ponitur nu. 38.
Aliquorum intellectus referuntur ad c. sunt qui opes. 17. quaest. 4. d. nu. 33. versic. Tertiò.

34. Gloss. & Bart. mens in quaestione de contractu irati explicatur. Et quaestionis resolutio traditur.

35. Explicatur tex. in l. quicquid. ff. de regul. iur. & in l. 3 ff. de diuort.

36. Non valet argumentum de delicto ad contractus; & qui ex contractu non obligantur, ex delicto possunt obligari.

37. Ad vouendum sufficit deliberatio, quae ad peccandum mortaliter sufficit.

38. Corroboratur sententia illorum qui tenent, votum factum calore iracundiae, non valere. & nu. sequenti.

39. Iratus peccare potest, & mereri bona opera faciendo; non tamen inde sequitur, valere votum ab eo factum iracundiae calore.

40. Intelligitur tex. in cap. sunt qui opes. 17. quaest. 4.

41. Contractus ab ebrio factus dum ebrius est, non valet, nec testamentum. Et an teneatur ex delicto, ibi in versic. Nec ex delicto.

42. Mutus & surdus à natiuitate contractus alios praeter matrimonium celebrare non potest, nec testamentum condere etiam ad pias causas.

43. Muto & surdo à natura dari debet curator pro administratione bonorum. Item illi, qui, etsi ex accidenti morbum hunc patitur, intelligere non potest, aut, quod intelligit, signis declarare non valet.

44. Surdus & mutus ex accidenti qui consensum signis exprimere potest, contractus omnes celebrare potest, excepta stipulatione. Et an luxurioso, lusori, & guloso bonis interdici possit, remissiuè traditur.

CAP. SEXTVM.

De Prodigi contractu, ac similium personarum.

1. POST minores, de prodigis, consequens est, vt videamus, propter similitudinem istorum ad illos, & frequentem eorum in iure aequiparationem. Et primò, prodigo antequàm illi bonis sit interdictum, liberam contrahendi facultatem inesse, tenet glossa in l. is cui bonis. ff. de verbor. obligat. quam Bart. ibi num. 1. eam secutus accipit etiam in prodigo manifesto, & ita est communis opinio cum gloss. & Bart. ibi secundùm Paul. ibid. num. 4. Alex. numer. 7. in princip. Aret. num. 2. Ias. 9. Rip. num. 5. ibid. Salyc. in l. 1. num. 3. C. de curator. furios.

Gregor.

Gregor. in l. 5. verb. defendido titul. 11. part. 5. Gom. 2. tom. c. 14. nu. 31. qui omnes communem sententiam profitentur pro prodigi contractu qui notoriè prodigus est, antequàm illi per iudicem bonorum administratio sit interdicta; in eo enim qui non est notoriè prodigus, res non habet dubium, vt ait Aret. d. nu. 2. Et in prodigo notorio communem latè prosequitur, & defendit Ias. d. num. 9. vbi allegat tex. in c. veritatis de dol. & contum. quem dixit, esse fortissimum pro communi opinione, & pro ea à fortiori ponderat & expendit coniungendo principium illius tex. cum fine; cui tamen bene respondet Rip. d. l. is cui bonis, nu. 7. versicul. Sextò allegatur, quòd, etsi episcopus de quo ibi ecclesiæ bona dissipasset, non sequitur, quòd vt notoriè prodigus dilapidasset, cùm potuerit, auaritiæ causa, aut mala alia ductus iniquè dilapidare. Eandem sententiam contra glo. ibi tenet Bart. in l. is cui lege nu. 2. ff. de testament. vbi Aret. col. 3. versic. Et pro ista opinione, communem opinionem, verissimam esse, dixit, & pro ea multa allegat; quam etiam tenuit Bart. in l. tres tutores, circá finem. ff. de administrat. & pericul. tut. vbi, & in d. l. is cui lege, tex. illum loquentem in apertè prodigo, vt pro communi sententia apertum reputat; pro qua ex Recentioribus alia adducit, & Doctores alios Cald. in l. si curatorem verb. cùm non absimilis, num. 5. & 7. versicul. Est itaquè C. de in integr. restit. minor. veriorem & communiorem dicunt Gutier. de iuram. confirmat. 1. part. c. 32. num. 3. versic. Sed his non obstantibus, & Barbos. in l. 3. num. 20. versic. Sed cauendum. ff. solut. matrimon. nouissimè sequitur Azor Theologus, institut. moral. lib. 6. c. 14. versicul. Tertiò prohibetur, in fin. 3. tom. Zeuall. lib. 1. comm. contra commun. quæst. 109. in fin. vbi communes inuicem contrarias in hoc refert, præposterè tamen, seu inaduertenter citans gloss. in d. l. is cui bonis pro contraria sententia, cum Doctoribus communem eam dicentibus.

Ego quidem in notorio prodigo, rem satis dubiam puto; in quo contra communem Antiquiores alij tenuerunt, quorum meminit gloss. in d. l. is cui lege, verb. bonis; & quia ibi in fin. eorum sententiam retulit, visa est á Nostris cum illa manere, quam tenuit Petr. de Bellapert. Imol. & Cuman. in d. l. is cui bonis, & alij relati ab Alex. ibi d. nu. 5. vbi sententiam hanc contra communem, in puncto iuris veriorem esse, censet; idem sentit ibi Rip. qui nu. 7. versicul. Contrariam, vltra alios, Bald. citat in consilijs suis tenentem contra communem, & nu. 9. in fin. rigurosam vocat eam. Et quidem negari non potest, quòd communis è summo iuris rigore est; contraria verò maxima nititur æquitate, nec iuris ratio pro illa deest; siquidem interdictio administrationis bonorũ non facit quem prodigum, sed declarat; & eam ob causam à iudice fit, ne bona sua malè perdat qui prodigus est, cum alijs contrahendo; quæ ratio æquè militat in prodigo ante interdictam à iudice bonorum administrationem, quàm post illam interdictam. Nec denique, dolo caret, qui eum hominem quem prodigum esse, non ignorat, ad secum contrahendũ allicit, & cum illo contrahit pro commodo suo cum detrimento illius; & ius non patitur, ex dolo suo commodum quemquam reportare, nec cum alterius iactura alium locupletari l. non fraudantur, versic. Nemo ex suo ff. de regul. iur. l. nam hoc natura. ff. de condict. indeb. Et quanuis posterior hęc ratio eum tantùm comprehendat, qui scienter & dolosè contrahit

cum prodigo; quo casu, facilè erit, contra dolosum, ac deceptorem respondere, idquè è mente communis; prior tamen ratio ad omnes pertinet.

2. Vnde Bald. in l. 1. col. 1. post med. distinguit, dicens, quòd aut quis contrahit cum tali prodigo scienter in ludo, aut loco perditionis, & tunc non valet cõtractus, per l. si quis cùm sciret, in fin. ff pro emptor. aliâs valet, vt in d. l. si quis cùm sciret, in princip. Et quidem, qui communem probant, ad hunc modum limitant; sic enim limitat Bart. in d. l. is cui bonis num. 1. vt non procedat, quando is qui cum prodigo contrahit ante interdictam bonorum administrationem, sciebat, eum rem ex contractu perceptam in certum malum vsum consumpturum, per d. l. si quis cùm sciret, in fin. sequitur Alex. d. l. is cui bonis num. 8. tex. illum notabilem dicens, per quem ita est communis limitatio Bart. & aliorum ibi, secundùm Iasf. d. l. is cui bonis, nu. 10. communem dicit, & sequitur Gutierr. d. cap. 32. num. 3. versicul. Quæ opinio, Gom. d. c. 14 nu. 31. versic. Non obstat tex. Quod ampliat Rip. d. l. is cui bonis num. 12. secutus Imol. d. l. si quis cùm sciret, contra Bart. ibi, & alios, vt procedat etiamsi, qui cum prodigo contrahit, non sciat, eum in certum aliquem ac determinatũ malũ vsum consumpturum, sed sciat in genere malè consumpturum. Quam quidem limitationem ad communem sententiam, illâ stante, probo. Cæterùm, illa non satis prodigo cauetur, nec obiectis sup. difficultatibus satisfit: euenire enim potest, vt prodigus prodigaliter contrahat, id est, cum damno suo magno, & tamen rem sibi à contractu euenientem in malum vsum non expendat, aut, si sic expensurus est, ignorare poterit hoc qui cum illo contrahit, pro quo & iuris præsumptio stat de ignorantia facti alieni.

3. Quarè rem hanc ita dubiam & ancipitem distinctione alia componendam censeo, vt, nempe, quando actus á tali prodigo gestus antequàm iudex bonorum administrationem interdicat, eiusmodi est, qui nõ ab alio, quàm ab homine prodigo gestus, communi hominum opinione æstimetur, irritus maneat, sin minus, sustineatur. Ab hac quidem resolutione non dissentit Paul. d. l. is cui bonis, num. 4. in fin dum sentit, donationem omnium suorum bonorum à prodigo factam antequàm illi per iudicem bonis interdicatur non valere, quia est actus prodigalitatis; quod probat ex limitatione ad communem sentẽtiam, quam statim subijciemus, sequuntur alij relati à Cald. d. l. si curatorem, verb. cùm non absimilis, num. 7. versicul. Iuuat hanc; æquam, & rationi proximam sentẽtiam dixit Rip. d. l. is cui bonis, nu. 13. quam ampliat in num. sequenti, vt procedat etiam in donatione maioris partis bonorum, & in donatione vnius rei quæ sit alijs melior; nam tria ista à pari procedunt secundùm Angel. in l. fin. ff. de stipulat. seruor. & in Auth. sed iam necesse. C. de incest. nupt. relatũ á Rip. d. num. 14: quem in ampliationibus istis ad Paul. sententiam sequitur Gutierr. d. c 32. nu. 3. ad fin.

Ego verò adhuc amplio, declarando priùs, vt prędicta Paul. sententia intelligatur, quando in ipsa donatione, prodigalitas apparet; hoc enim est, quod illum mouit, vt videbitur apud eum d. num. 4. in fin. fieri, namque, potest, vt donatio omnium bonorum suorum à prodigo consultò & prudenter fiat, putà, si sororibus dotis causa donet, vel ecclesiæ, aut pię causę, pauperem Christum sequi eligens; quo casu donatio valebit, iuxta

iuxta prædictam resolutionem, ad cuius posterius membrum casus hic pertinet; & in eo sequor Alex. d. l. is cui bonis, num. 9 & Ias. ibi nu. 10. & 11. contra Paulum tenentes in prodigi donatione ante interdictam bonorũ administrationem. Paul. verò sententiam sic vt dixi declaratam, & acceptã amplio nunc, vt procedat in donatione quauis etiamsi non sit de maiore parte bonorum, nec de re meliore; & prætereà amplio in alienatione etiam quæ fit oneroso contractu, si actus ij, prodigalitatis, esse, appareant; non sustinebuntur enim, iuxta sup. dictam resolutionem in priore membro.

Et hac quidem distinctione, & opinione, vtraque sententia in quæstione proposita ad concordiam reducitur; & obiectę sup. difficultates tolluntur; & prodigo, qui vt talis contraxit, satis extat prouisum. Probatur verò primò ex limitatione, de qua sup. quam Bart. & alij assignant ad communem sententiam; si enim agnoscunt omnes, non tenere contractum, quando is, qui cum prodigo contrahit ante interdictam illi bonorum administrationem, scit, eum, quod ex contractu acquirit, in vsum illicitum fore expensurum, in quo prodigaliter agit, cur non dicemus idem, si in ipso contractu rem suam vt prodigus dissipet, & perdat? Dicet aliquis cum Alex. d. num. 9. Qui rem suam contrahendo alienat, aut se obligat ex contractu legibus approbato, rem illicitam non agit, nec in vsum malum rem suam sic contrahendo expendit. Esto, negari tamen non potest, quòd, etsi in vsum malum rem suam non expendat, tamen vsu malo expendit, prodigaliter expendendo, & qui prodigè agit, contra bonos mores agit, vt probat tex. in l. 1. ad fin. ibi, *vel ille sanos mores receperit*, ff. de curator. furios. & qui contra bonos mores agit, illicitè, & turpiter agit. Rursus, qui sic vt prodigus alienat, aut contrahit. re sua sic contrahendo abutitur; & hoc est, quod leges nostræ pręcauere intendunt, nempe, ne quis re sua malè vtatur. §. sed & maior, instit. de his qui sunt sui, vel alien. iur.

4. Quòd si ratio ista interdicendæ prodigo administrationis rei suæ non placeat, quam latè, & eleganter confutat Cald. d. verb. cùm non absimilis, num. 5. vbi, nu. sequenti, veram ac genuinam huiusce interdictionis rationem pendere, arbitratur, à mentis defectu, secundùm quem prodigus furioso non rarò æquiparatur, vt in d. l. is cui bonis. l. 1. ff. de curator. furios. cum alijs; ex hoc multò magis prædicta opinio corroboratur; si enim, quia prodigus idoneo consilio ad res suas administrandas caret, furioso æquiparatur, & interdicta illi bonorum administratione sub curatore per iudicem constituitur, ita vt deinceps per illũ gesta non teneant, quasi ab homine non sanę mentis gesta; hæc quidem ratio euincit, de gestis ab illo prodigaliter ante interdictam bonorum administrationem, idem fore iudicium; tam quia in furioso, & mente capto, cui ille ęquiparatur ante curatoris dationem hoc obtinet l. in negotijs. ff. de regul. iur. & inter omnes constat, quàm, quia nulla iuris ratio patitur, vt teneant gesta per eum, qui, quod ad rei suæ administrationem pertinet, à furioso non distat, vt dicitur in l. his qui §. diuus. ff. de tutor. & curator. dat. ab his.

5. Quo argumento Rip. d. l. is cui bonis, num 4. versicul. Sed licèt omnes, etiam in eo qui notoriè prodigus non est, contra omnes sentit, vt gesta ab eo non valeant. Cui ego assentio duobus simul cõcurrentibus; primum

primum est, vt in eo quod gessit, prodigalitas versetur; secundum, vt licèt prodigus notorius non sit, verè tamen sit prodigus; nec enim sufficit, vnum actum prodigé fieri, vt, qui fecit, prodigus existimetur, sed plures ad id requiruntur, ita vt, etsi notorietas vitij in ciuitate non sit, eius tamen habitudo in illo homine ita sit, quòd legitimam iudici causam præbeat interdicendæ illi administrationis bonorũ; quibus concurrentibus cum Rip. sentio, nec distingo inter prodigum notorium, seu manifestũ, & non manifestum.

Ad leg. verò, quibus iudicialis interdictionis mentio fit, vnde communis argumentatur, ante eam, prodigo contrahi facultatem non esse ademptam, id quod maximè contendit per l. Iulianus. ff. de curator. furios. quasi, hoc à contrario sensu probantem, respondeo secundùm sup. scriptam resolutionem, iudicis interdictionem operari, vt prodigus ad contrahendũ incapax omnino reddatur, qui ante eam contrahendi capax est, & alienandi res suas, ita tamen, vt quæ prodigè gerit, irrita sint; atque ita, quanuis in contractu læsus appareat, si lęsio non est talis, quæ prodigalitatis vitium secum inuoluat, secundùm communem hominum existimationem, tenebit contractus, receptamquè ex eo læsionem sustinebit prodigus cui bonis non erat interdictum.

6. Sed, an aduersùs illam beneficio restitutionis vti possit instar minoris, dubium est? Negatiuam partem probat Ias. d. l. is cui bonis, num. 12. secutus Aret. ibi, num. 2. versic. Item lęsus, vbi Aret. absurdum reputat contrarium, cum quibus sentit Gregor. l. 5. titul. 11. part. 5. verb. defendido, versicul. Sed an detur, Barbos. in l. 3. nu. 20. versicul. Sed cauendum. ff. solut. matrimon. vbi pro eadem sententia citat etiam Bald. in c. ex parte, num. 2. de consuetud. Odd. de restitut. in integr. 1. part. q. 11. art. 4. versic. Secundus casus, vbi Paul. solũ pro hac sententia allegat, cons. 248. Visis & ponderatis col. final. versic. Vlterius quęro lib. 2. Pro parte verò affirmatiua citari solet gloss. in l. patri pro filio, verb. interdici ff. de minorib. & Bart. in l. Marcellus, col. 2. versic. Nota istud. ff. de fideiussorib. eandem tenet Rip. d. l. is cui bonis, nu. 36. & communis secundùm Cald. d. l. si curatorem, verb. cùm nõ absimilis, nu 3. vbi alios allegat pro ea, & æquissimam vocat illam secutus, quanuis fateatur, contrariam iuris rigore defendi posse, quia nullo iure probatur, prodigum ante bonorũ interdictionem restitui posse; qua ratione priorem sententiam sequuntur Odofred. & Alberic. in d. l. si curatorem, citati â Rip. d. nu. 36. Et quidem pro illa ratio ista stringit; quia non videtur, posse â Doctoribus nostris restitutionis beneficium minoribus indultum, extendi ad casum, in quo scriptum non inuenitur; præsertim, cùm de beneficio hoc multę sint leges in corpore iuris, & tituli, in quibus, ad participationem illius, prodigi nulla mentio fit.

Nec, denique, eum minori legimus æquiparatũ, nisi postquám bonis illi interdictum est, in d. l. si curatorem, idcircò, si tunc in contractu per curatorem illius gesto læsus existat, restitutionis auxilio iuuandus erit instar minoris, cui tunc nõ absimilem essę, legitur in d. l. si curatorem; & ita in casu isto tradit Gutierr. d. c. 32. num. 4. Odd. de restit. in integr. d. 1. part. q. 3. artic. 1. versicul. Ego puto, & rursus d. quæst. 11. art. 4. versic. Primus est, Barbos. d. l. 3. num. 2. versicul. Neque contrarium, Azor. institut. moral. libr. 6. cap. 14. versicul. Tertiò probibetur,

3. tom. & communiter tenetur, secundùm Paul. in l. Marcellus, colum. fin. ff. de fideiussorib. & in eo fortè accipiendus est Bart. ibi d. colum. 2. versicul. Nota istud, vt accipit Barbos. d. versicul. Neque contrarium, quia de restitutione prodigo competente absolutè loquutus est, ad quã notat glossam ibi, quam glossam de prodigo curatorem habente Paul. ibi intelligit, & communem dicit d. col. final. ad quem casum, Bart. d. loco, & alios allegant Gregor. d. verb. defendido, in fin. Gom. 2. tom. c. 14. nu. 30. ad fin. Cald. d. verb. cùm non absimilis, num. 3. in princ. & ita Bart. ibi, pro posteriore sententia in quæstione nostra, quæ est de prodigo læso ante curatoris dationem, securè non allegatur; sicut nec gloss. in d. l. patri pro filio, loquitur enim, vt Roman. aduertit singul. 223. quem sequitur Barbos. d. l. 3. nu. 20. ad fin. de prodigo qui simul erat minor, cuius curator aduersùs antea gesta restitutionem poterit implorare, iuxta tex. ibi, qui, nec gloss. quæ secundùm eum loquitur, idẽ probat in curatore prodigi maioris; nec, denique, casus aliquis in iure scriptus pro hac parte affertur, idcircò, priorẽ sentẽtiam tenendam censeo. Hęc de prodigo ante interdictionem bonorum. Nunc de interdictione ipsa, & de illo post eam. Priùs tamen, quis sit prodigus, vt bonis illi interdici à iudice posit, videamus.

7. Prodigum, eum esse, tradit Mendoç. de pact. lib. 1. c. 4. n. 49. secũdùm Philosophũ, quem refert, lib. 4. ethicor. c. 1. qui in donando debitum modũ ab eo ibi scriptum non seruat, sed immoderatè, & quibus nõ oportet, res suas donat; de quo sanè homine propriùs dici potest, quòd rem suam magis proiicit, quàm donat; qui enim sinè vllo delectu donat, beneficia magis proijcit, quàm dat, secundũ Senec. lib. 1. de benefic. in princ. Et iste quidem, verè prodigus est, vt ei bonis interdici posit. Cæterùm, definitio prodigi, nõ eum solummodò cõprehendit, qui in donando prodigalitatẽ exercet; euenire enim potest, vt homo aliquis parcè donet, aut etiam, vt nec sic donet, & tamẽ actus alios prodigè agat, videlicet, res suas oneroso titulo malè alienando, & secũ immoderatè nullo expensarũ fine proposito insumẽdo; & hunc quidẽ definitio prodigi cõprehendit collecta ex l. 1. versic. Sed solent. ff. de curator. furios. Imò, secundùm Iurisconf. ibi, prodigus, vt bonis illi interdicatur cũ curatoris datione, est, qui bona sua dissipat, nullo expensarũ fine proposito, nec tẽporis habita ratione; atque ita, siue lucratiuo, siue oneroso titulo sic se gerat in rerum suarum dissipatione, sub definitione hac manet. Cui conuenit Ciceronis definitio libr. 2. officior. vbi, *Largorum*, inquit, *duo sunt genera, quorum alteri prodigi, alteri liberales. Prodigi, qui epulis, & visceratiombus, & gladiatorum muneribus, ludorum, venationumquè apparatu pecunias profundunt in eas res, quarum memoriam, aut breuem, aut omnino nullam sunt relicturi.*

86. Dubium verò erit, quot eiusmodi dissipationis actus requirantur in aliquo, vt bonis illi, tanquàm prodigo interdici posit; nam, ex vno prodigalitatis actu, homini libero bonorũ suorum administrationem auferre, rigurosum est, nec satis tutum; quando ex actu vno mores hominis non determinantur, secundùm Bart. in l. legatis seruis, num. 4. ff. de legat. tert. Auiles in capit. prætor. c. 2. gloss. De mercaderia, nu. 3. & 4. tradidimus in relect. nostra l. Titiæ, sj non nupserit. 3. part. num. 45 ff. de condit. & demonstrat. ad casum de quo ibi; plures verò hac in re actus prodigalitatis expectare, damnosum est; cùm periculũ sit in

sit in mora, ne fortè, dum plures expectátur, actibus ipsis res tota pereat; aut magna pars eius, cui prouideri intenditur. Quarè rem hanc, iudicis arbitrio relinquendam fore, existimo, qui aliquando ex pluribus, aliquando ex paucioribus, pensata qualitate eorum, mores hominis discernendo, peropportunè prouideat.

9. Semper verò causæ cognitio præcedere debet, & ad illam citandus est is, cui, vt prodigo, bonis interdici, & curator dari, prætenditur; cùm de magno illius præiudicio agatur; in quo, furiosi causa dispar est, qui non citatur, vt ex communi tradit Rip. d. l. is cui bonis nu. 26. Ioan. Gutierr. tractat. de tutel. & cur. 1. part. cap. 19. num. 5. & alijs citatis Cald. d. l. si curatorem, verb. cùm non absimilis num. 7. versicul. Ad huiusmodi verò, qui ampliat, vt procedat etiam in sententia principis, prodigum aliquem esse, decernentis, vt prodigi citatio ad illam requiratur, & citatione omissa non valeat sententia.

10. Sed est dubium, an ex sola iudicis sententia super prodigalitate affirmatiuè ac ritè lata, bonorum interdictio inducta censeatur? Bart. in hoc negatiuè respondit d. l. is cui bonis, num. 2. ff. de verbor. obligat. idem tenet Salycet. in l. 1. prope fin. C. de curator. furios. Paul. in l. is cui lege, in fin. ff. de testament. Contrarium tenet Bald. in l. 1. colum. 1. versicul. Ego dico, ff. de curator. furios. & communis in d. l. is cui bonis, secundùm Aret. ibi, num. 3. in princip. Ias. num. 9. versicul. Secundam solutionem, Rip. ibid. num. 30. post omnes Rebell. de obligat. lib. 1. quæst. 8. num. 3. 2. part. Mihi quidem Bart. sententia non displicet, quanuis enim sententia prodigalitatis declaratoria, ad hoc demum feratur, vt prodigo bonis interdicatur, tamen, quandiu non interdicitur administratio, siue sententia ipsa illam inhibente, siue post eam, sententia per se sola nihil aliud portat quã prodigalitatis enunciationem, & ad summum, illius notorietatem inducit, quæ notorietas non sufficit, vt prodigo bonis interdictum censeatur, iuxta communem de qua sup. Et, si dicatur, quòd sententia fertur, vt ad interdictionem deueniatur prohibita prodigo administratione, bonorum, id magis hanc, quam oppositam sententiam iuuat; ex eo, namque, apparet, sententiam, qua aliquis, prodigus enuntiatur, & interdictionem bonorũ, diuersa in se esse; idcircò, qui vnum dicit, & determinat, alterum non præcipit quod ab illo diuersum est.

11. Et non obstat etiam, quód, si iudex sententia sua declaret, reum commisisse delictum, de quo accusatur, eo ipso ad pænam delicti manet condemnatus. l. 1. §. calumniatoribus ff. ad Senat. cons. Tupillian. similiter, & cùm aliquis sententia iudicis, alterius debitor pronuntiatur, eo ipso ad soluendum videtur condemnatus. l. quid tamen. §. si arbiter ff. de arbitr. l. si prætor 2. vbi Bart. hoc notat ff. de iud. Aret. d. l. is cui bonis, num. 3. circà princip. Etenim, exempla ista, seu argumenta, quæ pro communi sententia adducuntur, in quæstione nostra nihil aliud concludunt, quám iudice declarante aliquem esse prodigum, eo ipso condemnatum censeri in ijs, quibus prodigalitas est obnoxia; fateor verò, prodigalitatem interdictioni bonorum obnoxiam esse secundùm leges; hæc tamen interdictio per iudicem fieri debet, vt communis agnoscit cum gloss. & Bart. in d. l. is cui bonis, vnde, dicimus quidem, prodigum, eo ipso quo prodigus sententia iudicis declaratur, bonorum interdictioni obstrictum

 manere,

tatus est, num. 7. versicul. In quinto casu, Gregor. sub d. verb. Engañosamente, in versicul. Quid autem dicemus, & alijs citatis communem tradit, & sequitur Odd. d. queſt. 24. art. 8. in princip. Ego in quæstione hac distinguerem inter minorem astutum ac sagacem, & non sagacem, vt in illo dolus pręsumatur, secundùm gloss. sententiam, in isto verò non, secundùm contrariam, sic conciliata vtraque.

29. Sed & illud à causæ iudice considerandum erit, an tempore, quo minor se maiorem asseuerauit, eius ętatis erat, qua minor aspectu ipso appareret; tunc enim, si cum præsente contraxit, qui ex aspectu illius, minoris ætatis eum esse, facilè cognoscere potuisset, restituendus semper erit, quanuis ab aduersario dolus illi in falsa assertione opponatur; cùm nec aduersarius ipse excusari à dolo posit, propter minoris ætatis notitiam aspectu ipso perceptibilem. Quod satis est, vt restitutio non denegetur, secundùm Doctor. qui vtriusque dolo interueniente in falsa assertione, restitutionis beneficium nō tollunt, quia dolus vnius cum alterius dolo compensatur, & scienti non committitur dolus, vt per Salyc. d. l. 3. num. 5. Paul. d. l. 1 num. 6 & 7. versic. In quarto casu, Mauric. de restitut. in integr. c. 172. vbi ad hoc ponderat l. de tutela. C. de in integr. restit. minor. & alijs citatis magis communem dicit, & probat Odd. d. quæst. 24. art. 7. ex versic. Contrarium tenent; vltra quos, idem tenet Gregor. in d l. 6. vbi alios refert sub gloss. 1. Quæ Castellæ lex, hoc ipsum quod diximus, vt minor, qui aspectu ipso minor apparet, ætatis beneficium nō perdat, tametsi, maiorem se esse, dolosè affirmauerit, á contrario sensu bene probat ibi, *Si ouiesse persona que pareciesse de tal tiempo, si lo faze engañosamente, &c.* Et bene notandum dixit Greg. ibi d. gloss. 1. Azeued. in l. 3. num. 13. titul. 10. lib. 9. nou. recopilat. vbi id iudicis arbitrio relinquit, secundùm Girond. ab eo citatum tract. de Gabell. 3. part. in princ. num. 30. Et hęc quidem constituta sic sunt circá restitutionis beneficium, quod minor, qui se maiorem dixit, perdit, vel non perdit, iúxta pręcedentem distinctionem.

30. Dubium verò erit, an eadem distinctio sit adhibenda in casu nullitatis, si, videlicet, minor prædium sinè decreto vendidit, maiorem se esse, falsò asseuerans. Et quidem, quando in hoc dolosè versatus non est, expeditum erit, nullitatis remedium saluũ manere, quod nulla lege in casu isto sublatum legimus; quando verò in falsa assertione dolo se habuit, mouet dubium, quia leges eum repellentes d. titul. si minor se maior. dixer. in casu restitutionis loquuntur, quo contractus validitas præsupponitur; cùm enim contractus, nullus est, restitutionis beneficio opus non est, nec illa locum habet l. 2. C. de præd. & alijs reb. minor. l. in causæ 2. ff. de minorib. Non ergo videtur, quòd leges ex causa de qua ibi restitutionem abnegantes, quæ extraordinarium remedium est, & contractum validum supponit, qui idcircò faciliùs debuit inuiolabiliter sustineri, nullitatis remedium, quod maius est & pinguius, in quo nō loquuntur, ex eadem causa præcludere voluissent. Et ita in terminis ad statutum vrbis Romę, & alia, quę certas solennitates requirunt in minorũ contractibus, tenet, & communem dicit alijs pro eadem sententia citatis Quintil. Mandos in tractat. de ætate minori c. 7. vbi distinguit inter restitutionis remedium, & remedium dicendi contractum nullum, in illo duntaxat accipiens d. l. 2. & 3. C. si minor.

se maior.

se maior.dixer. idquè etiam adhibito per minorem assertorio maioris ætatis iuramento, ex communi tradit, & probat Odd.d.quæst.24.art.4. ex nu. 26. Et secundùm hanc sententiam iudicauit Senatus noster super contractu minoris,qui se in illo maiorem dixit,& ex parte minoris, de remedio nullitatis aduersùs cōtractum opponebatur, quia sub curatore erat, qui in illo non interuenerat, ex quo, nullus mansit;iuxta l. si curatorem. C.de in integr.restit.minor.

Verum quidem est, quòd in causa illa dolus in minore non probabatur; & hoc forté principale fundamentū fuit, quod Senatores nostros mouit, vt pro illo sententiam ferrent, quem, si, dolosè maiorem se dixisse, probaretur, à nullitatis quoque remedio, quod deducebat, forsan repellerent; id quod iure verius puto; nam,etsi leges in casu restitutionis loquantur, illarum tamen ratio,quæ expressa est in d.l.2. ibi, *Cùm iuxta statuta iuris,errantibus, non etiam fallentibus minoribus publica iura subueniant*, æquè comprehendit casum nullitatis contractus, cuius nullitas,minoris ætatis causa & beneficio statuta iure est; vnde cùm lex beneficium minoris ætatis causa indultum, decipientibus abnegat, & illud quoque abnegatum censeri debet ex mente legis, quod spectat ad nullitatem contractus, propter identitatem rationis in lege expressæ,quę magis quàm verba illius attendi debet, & secundùm eam iustè lex ampliatur,aut restringitur.

31. Quinimó,cùm ratio legis generalis est plures casus comprehendens, dispositio illius in omnibus intelligitur,idquè in correctorijs etiam, quia tunc, non extentiuè, sed comprehensiuè, etiam casum non expressum lex decidere dicitur, secùndùm Bald. in l. de quibus ff.de legib. Cuius,& aliorum, rationem legis extollentium meminimus in commentar.l.1. part.1.§.5. num.5. Cod. de sacrosanct. eccles. & pluribus exornat Tiraquell.in l.si vnquam, verb.libertis,à num.45. Cod. de reuocand. donat. Aluarad. de coniecturata ment. defunct.libr.4. cap.vltim. ex num. 5. Mantic. de coniectur. vltimar. voluntat.libr.6. titul.14. à num. 8. cum sequentib. Quod in præsenti illud magis suadet, quia leges in restitutionis casu loquentes, ratione frequentioris vsus in illo locutas fuisse, verisimile est, quia frequentiùs euenit, vt minores restituantur, quàm nullitas contractus propter minorem ætatem, & frequentior in iure tractatus est de restitutione, quàm de nullitatis remedio ex capite minoris ætatis; porrò, lex loquens in casu vno ratione frequentioris vsus, per hoc non intelligitur, alios similes excludere, voluisse, secundùm gloss. doctrinam in clem.1.verb. pręsidentes, in fin. de rescript. vbi notant Butr. & Imol. colum. 5. Ias. in 1. lect. l. 1. num. 27. Cod. de sacrosanct. eccles. vbi alias similes gloss. ad idem allegat, & in 2. lect. nu. 32.

CAP. SEXTI

SVMMARIA.

1. Discutitur quæstio, an valeat cōtractus à prodigo notorio gestus ante interdictam illi bonorum administrationē, in qua contrariæ referuntur opiniones.
2. Communis distinctio refertur inter eum, qui cum prodigo contrahit ante interdictam bonorum administrationem, sciens eum malè consumpturum, vt tunc non teneat contractus, & qui hoc ignorat, vt tunc valeat.
3. Alia distinctione resoluitur quæstio, & vtraque opinio in illa concordatur.
Declaratur Paul. opinio tradentis, non valere donationem omnium bonorum à prodigo factam ante bonorum interdictionem, ibi in versic. Ego verò. Et ampliatur in versic. Paul. verò.
4. Adducitur ratio ob quam prodigo bonorum suorum administratione per iudicem interdicitur.
5. Quando contractus à prodigo gestus qui notoriè prodigus non est, non teneat.
Respondetur ad ll. pro communi sententia adductas ad probandum, quòd teneant gesta à prodigo ante interdictam bonorum administrationem. d. nu 5. versicul. Ad leg verò.
6. Traditur prodigo aduersus gesta per eum ante interdictam bonorum administrationem, restitutionis auxilium non competere; competere verò aduersùs gesta post bonorum interdictionem per curatorem illius, in quibus læsus reperitur, in versic. Nec denique.
7. Quis sit prodigus, traditur. Et quot dissipationis actus requirantur, vt ad bonorum interdictionem deueniatur, iudicis arbitrio relinquitur in nu. sequenti.
8. Ex actu vno mores hominis non determinantur.
9. Vt prodigo bonis interdicatur, causa cognitio præcedere debet cum citatione illius; quæ citatio necessaria non est, vt furioso interdicatur.
10. Bartol. sententia probatur tenentis, non & sufficere sententiam prodigalitatis declaratoriam ritè latam, vt eo ipso bonorum administratio interdicta reputetur.
11. (see 10)
12. Quid si iudex præconizare facit per ciuitatem ne quis cum tali contrahat, an ex hoc bonorum interdictio inducatur.
13. Cum Bart. probatur, per solam curatoris dationem bonis interdictum censeri.
14. Intelligitur Ord. lib 4. titul. 103. §. 6.
15. Probatur Bart. opinio tenentis, interdictionem bonorum factam virtute sententiæ latæ ex falsa causa valere.
Respondetur ad l. tutor si petitus. & l. Seia egressa. ff de tutor. & curator. constituta differentia inter decretum voluntariæ iurisdictionis, & contentiosæ. d nu. 15. versicul. Et non obstant.
16. Prodigus, cui bonis est interdictum, non potest ex contractu à se gesto alteri obligari, nec rem suam alienare; alterum verò obligare sibi potest.
17. Vtrum prodigus ex contractu à se gesto qui sibi vtilis est, alteri obligetur.
18. Prodigi contractus nec adhibito iuramento firmatur, in quo à minore differt; & differentiæ ratio assignatur.
19. Prodigus obligatur ex delicto, & ex eo vt quilibet alius punitur. Et num. sequenti, in fin.
20. Prodigus nec naturaliter obligatur ex contractu à se celebrato, in quo à pupillo doli capace, & adulto differt.
Pupillus doli capax ex delicto obligatur, non tamen punitur ordinaria delicti pœna. d. nu. 20. versic. In delictis.
21. Prodigus in testamentis æquiparatur pupillo, & furioso, qui testari non possunt, & differt ab adulto curatorem habente qui potest testari.
22. An prodigus ad sanos mores rediens bonorum administrationem recuperet absque aliqua iudicis sententia, agitur, & numer. sequentib. vsque ad 27.
Explicatur Ord. lib. 4. titul. 103. §. 2. & §. penult.

penult.ibi, in versic. Notanda.

23. Prodigus cui bonis est interdictum, etsi decurio ciuitatis creetur, non ex hoc illorum administrationem recuperat.

24. Prodigus eo ipso quo bonos recipit mores, à potestate curatoris liberatur, contrahere liberè potest, & testamentum condere; & explicatur l. 1. ff de curator. furios. & numero 26.

25. Traditur, quomodo probetur, prodigum ad bonos mores rediisse, vt bonorum suorum administrationem recuperet.

26. Acta à prodigo ex quo frugaliter agere incipit, valida sunt.

27. Sententia iudicis qua declaratur, prodigum ad bonos mores rediisse, vt bonorum suorum administrationem recuperet, ad quid prosit.

28. Quid de iure nostro ad intellectum Ord. lib. 4. titul. 103. §. penult.

29. Mente captus per omnia furioso æquiparatur.

30. Discutitur, an homini rudis & hebetis iudicij circà rei familiaris administrationem, qui nec prodigus, nec mente captus omnino sit, bonis interdici per iudicem possit, & pars negatiua probatur.

31. Disputatur, an contractus ab homine irato celebratus valeat, & negatiua Bart. & aliorum opinio refertur. Et contrariæ sententiæ argumenta adducuntur in num. sequentib.

32. Delictum iracundiæ calore commissum, punibile esse, traditur.

33. Votum calore iracundiæ factum valet, secundùm communem sententiam. Contraria ponitur nu. 38.
Aliquorum intellectus referuntur ad c. sunt qui opes. 17. quæst. 4. d. nu. 33. versic. Tertiò.

34. Gloss. & Bart. mens in quæstione de contractu irati explicatur. Et quæstionis resolutio traditur.

35. Explicatur tex. in l. quicquid. ff. de regul. iur. & in l. 3 ff. de diuort.

36. Non valet argumentum de delicto ad contractus; & qui ex contractu non obligantur, ex delicto possunt obligari.

37. Ad vouendum sufficit deliberatio, quæ ad peccandum mortaliter sufficit.

38. Corroboratur sententia illorum qui tenent, votum factum calore iracundiæ, non valere. & nu. sequenti.

39. Iratus peccare potest, & mereri bona opera faciendo; non tamen inde sequitur, valere votum ab eo factum iracundiæ calore.

40. Intelligitur tex. in cap. sunt qui opes. 17. quæst. 4.

41. Contractus ab ebrio factus dum ebrius est, non valet, nec testamentum. Et an teneatur ex delicto, ibi in versic. Nec ex delicto.

42. Mutus & surdus à natiuitate contractus alios præter matrimonium celebrare non potest, nec testamentum condere etiam ad pias causas.

43. Muto & surdo à natura dari debet curator pro administratione bonorum. Item illi, qui, etsi ex accidenti morbum hunc patitur, intelligere non potest, aut, quod intelligit, signis declarare non valet.

44. Surdus & mutus ex accidenti qui consensum signis exprimere potest, contractus omnes celebrare potest, excepta stipulatione. Et an luxurioso, lusori, & guloso bonis interdici possit, remissiuè traditur.

CAP. SEXTVM.

De Prodigi contractu; ac similium personarum.

1. POST minores, de prodigis, consequens est, vt videamus, propter similitudinem istorum ad illos, & frequentem eorum in iure æquiparationem. Et primò, prodigo antequàm illi bonis sit interdictum, liberam contrahendi facultatem inesse, tenet glossa in l. is cui bonis. ff. de verbor. obligat. quam Bart. ibi num. 1. eam secutus accipit etiam in prodigo manifesto, & ita est communis opinio cum gloss. & Bart. ibi secundùm Paul. ibid. num. 4. Alex. numer. 7. in princip. Aret. num. 2. Ias. 9. Rip. num. 5. ibid. Salyc. in l. 1. num. 3. C. de curator. furios. Gregor.

Gregor. in l. 5. verb. defendido titul. 11. part. 5. Gom. 2. tom. c. 14. nu. 31. qui omnes communem sententiam profitentur pro prodigi contractu qui notoriè prodigus est, antequàm illi per iudicem bonorum administratio sit interdicta; in eo enim qui non est notoriè prodigus, res non habet dubium, vt ait Aret. d. nu. 2. Et in prodigo notorio communem latè prosequitur, & defendit Ias. d. num. 9. vbi allegat tex. in c. veritatis de dol. & contum. quem dixit, esse fortissimum pro communi opinione, & pro ea à fortiori ponderat & expendit coniungendo principium illius tex. cum fine; cui tamen bene respondet Rip. d. l. is cui bonis, nu. 7. versicul. Sextò allegatur, quòd, etsi episcopus de quo ibi ecclesiæ bona dissipasset, non sequitur, quòd vt notoriè prodigus dilapidasset, cùm potuerit, auaritiæ causa, aut mala alia ductus iniquè dilapidare. Eandem sententiam contra glo. ibi tenet Bart. in l is cui lege nu. 2. ff. de testament. vbi Aret. col. 3. versic. Et pro ista opinione, communem opinionem, verissimam esse, dixit, & pro ea multa allegat; quam etiam tenuit Bart. in l. tres tutores, circà finem. ff. de administrat. & pericul. tut. vbi, & in d. l. is cui lege, tex. illum loquentem in apertè prodigo, vt pro communi sententia apertum reputat; pro qua ex Recentioribus alia adducit, & Doctores alios Cald. in l. si curatorem verb. cùm non absimilis, num. 5. & 7. versicul. Est itaquè C. de in integr. restit. minor. veriorem & communiorem dicunt Gutier. de iuram. confirmat. 1. part. c. 32. num. 3. versic. Sed his non obstantibus, & Barbos. in l. 3. num. 20. versic. Sed cauendum. ff. solut. matrimon. nouissimè sequitur Azor Theologus, institut. moral. lib. 6. c. 14. versicul. Tertiò prohibetur, in fin. 3. tom. Zeuall. lib. 1. comm. contra commun. quæst. 109. in fin. vbi communes inuicem contrarias in hoc refert, præposterè tamen, seu inaduertenter citans gloss. in d. l. is cui bonis pro contraria sententia, cum Doctoribus communem eam dicentibus.

Ego quidem in notorio prodigo, rem satis dubiam puto; in quo contra communem Antiquiores alij tenuerunt, quorum meminit gloss. in d. l is cui lege, verb. bonis; & quia ibi in fin. eorum sententiam retulit, visa est à Nostris cum illa manere, quam tenuit Petr. de Bellapert. Imol. & Cuman. in d. l. is cui bonis, & alij relati ab Alex. ibi d. nu. 5. vbi sententiam hanc contra communem, in puncto iuris veriorem esse, censet; idem sentit ibi Rip. qui nu. 7. versicul. Contrariam, vltra alios, Bald. citat in consilijs suis tenentem contra communem, & nu. 9. in fin. rigurosam vocat eam. Et quidem negari non potest, quòd communis è summo iuris rigore est; contraria verò maxima nititur æquitate, nec iuris ratio pro illa deest; siquidem interdictio administrationis bonorũ non facit quem prodigum, sed declarat; & eam ob causam à iudice fit, ne bona sua malè perdat qui prodigus est, cum alijs contrahendo; quæ ratio æquè militat in prodigo ante interdictam à iudice bonorum administrationem, quàm post illam interdictam. Nec denique, dolo caret, qui eum hominem quem prodigum esse, non ignorat, ad secum contrahendũ allicit, & cum illo contrahit pro commodo suo cum detrimento illius; & ius non patitur, ex dolo suo commodum quemquam reportare, nec cum alterius iactura alium locupletari l. non fraudantur, versic. Nemo ex suo ff. de regul. iur. l. nam hoc natura. ff. de condict. indeb. Et quanuis posterior hæc ratio eum tantùm comprehendat, qui scienter & dolosè contrahit

eum

cum prodigo; quo casu, facilè erit, contra dolosum, ac deceptorem respondere, idquè è mente communis; prior tamen ratio ad omnes pertinet.

2. Vnde Bald. in l. 1. col. 1. post med. distinguit, dicens, quòd aut quis contrahit cum tali prodigo scienter in ludo, aut loco perditionis, & tunc non valet cõtractus, per l. si quis cùm sciret, in fin. ff pro emptor. aliàs valet, vt in d. l. si quis cùm sciret, in princip. Et quidem, qui communem probant, ad hunc modum limitant; sic enim limitat Bart. in d. l. is cui bonis num. 1. vt non procedat, quando is qui cum prodigo contrahit ante interdictam bonorum administrationem, sciebat, eum rem ex contractu perceptam in certum malum vsum consumpturum, per d. l. si quis cùm sciret, in fin. sequitur Alex. d. l. is cui bonis num. 8. tex. illum notabilem dicens, per quem ita est communis limitatio Bart. & aliorum ibi, secundùm Ias. d. l. is cui bonis, nu. 10. communem dicit, & sequitur Gutierr. d. cap. 32. num. 3. versicul. Quæ opinio, Gom. d. c. 14. nu. 31. versic. Non obstat tex. Quod ampliat Rip. d. l. is cui bonis num. 12. secutus Imol. d. l. si quis cùm sciret, contra Bart. ibi, & alios, vt procedat etiamsi, qui cum prodigo contrahit, non sciat, eum in certum aliquem ac determinatũ malũ vsum consumpturum, sed sciat in genere malè consumpturum. Quam quidem limitationem ad communem sententiam, illà stante, probo. Cæterùm, illa non satis prodigo cauetur, nec obiectis sup. difficultatibus satisfit: euenire enim potest, vt prodigus prodigaliter contrahat, id est, cum damno suo magno, & tamen rem sibi à contractu euenientem in malum vsum non expendat, aut, si sic expensurus est, ignorarte poterit hoc qui cum illo contrahit, pro quo & iuris præsumptio stat de ignorantia facti alieni.

3. Quarè rem hanc ita dubiam & ancipitem distinctione alia componendam censeo, vt, nempe, quando actus á tali prodigo gestus antequàm iudex bonorum administrationem interdicat, eiusmodi est, qui nõ ab alio, quàm ab homine prodigo gestus, communi hominum opinione æstimetur, irritus maneat, sin minus, sustineatur. Ab hac quidem resolutione non dissentit Paul. d. l. is cui bonis, num. 4. in fin dum sentit, donationem omnium suorum bonorum à prodigo factam antequàm illi per iudicem bonis interdicatur non valere, quia est actus prodigalitatis; quod probat ex limitatione ad communem sentẽtiam, quam statim subijciemus, sequuntur alij relati à Cald. d. l. si curatorem, verb. cùm non absimilis, num. 7. versicul. Iuuat hanc; æquam, & rationi proximam sentẽtiam dixit Rip. d. l. is cui bonis, nu. 13. quam ampliat in num. sequenti, vt procedat etiam in donatione maioris partis bonorum, & in donatione vnius rei quæ sit alijs melior; nam tria ista à pari procedunt secundùm Angel. in l. fin. ff. de stipulat. seruor. & in Auth. sed iam necesse. C. de incest. nupt. relatũ á Rip. d. num. 14: quem in ampliationibus istis ad Paul. sententiam sequitur Gutierr. d. c 32. nu. 3. ad fin.

Ego verò adhuc amplio, declarando priùs, vt prędicta Paul. sententia intelligatur, quando in ipsa donatione, prodigalitas apparet; hoc enim est, quod illum mouit, vt videbitur apud eum d. num. 4. in fin. fieri, namque, potest, vt donatio omnium bonorum suorum à prodigo consultò & prudenter fiat, putà, si sororibus dotis causa donet, vel ecclesiæ, aut pię causę, pauperem Christum sequi eligens; quo casu donatio valebit,

iuxta prædictam resolutionem, ad cuius posterius membrum casus hic pertinet; & in eo sequor Alex. d. l. is cui bonis, num. 9 & Ias ibi nu. 10. & 11. contra Paulum tenentes in prodigi donatione ante interdictam bonorũ administrationem. Paul. verò sententiam sic vt dixi declaratam, & acceptã amplio nunc, vt procedat in donatione quauis etiamsi non sit de maiore parte bonorum, nec de re meliore; & prætereà amplio in alienatione etiam quæ fit oneroso contractu, si actus ij, prodigalitatis, esse, appareant; non sustinebuntur enim, iuxta sup. dictam resolutionem in priore membro.

Et hac quidem distinctione, & opinione, vtraque sententia in quæstione proposita ad concordiam reducitur; & obiectę sup. difficultates tolluntur; & prodigo, qui vt talis contraxit, satis extat prouisum. Probatur verò primò ex limitatione, de qua sup. quam Bart. & alij asignant ad communem sententiam; si enim agnoscunt omnes, non tenere contractum, quando is, qui cum prodigo contrahit ante interdictam illi bonorum administrationem, scit, eum, quod ex contractu acquirit, in vsum illicitum fore expensurum, in quo prodigaliter agit, cur non dicemus idem, si in ipso contractu rem suam vt prodigus dissipet, & perdat? Dicet aliquis cum Alex. d. num. 9. Qui rem suam contrahendo alienat, aut se obligat ex contractu legibus approbato, rem illicitam non agit, nec in vsum malum rem suam sic contrahendo expendit. Esto, negari tamen non potest, quòd, etsi in vsum malum rem suam non expendat, tamen vsu malo expendit, prodigaliter expendendo, & qui prodigè agit, contra bonos mores agit, vt probat tex. in l. 1. ad fin. ibi, *vel ille sanos mores receperit*, ff. de curator. furios. & qui contra bonos mores agit, illicitè, & turpiter agit. Rursus, qui sic vt prodigus alienat, aut contrahit, re sua sic contrahendo abutitur; & hoc est, quod leges nostræ pręcauere intendunt, nempe, ne quis re sua malè vtatur. §. sed & maior, instit. de his qui sunt sui, vel alien. iur.

4. Quòd si ratio ista interdicendæ prodigo administrationis rei suæ non placeat, quam latè, & eleganter confutat Cald. d. verb. cùm non absimilis, num. 5. vbi, nu. sequenti, veram ac genuinam huiusce interdictionis rationem pendere, arbitratur, â mentis defectu, secundùm quem prodigus furioso non rarò æquiparatur, vt in d. l. is cui bonis. l. 1. ff. de curator. furios. cum alijs; ex hoc multò magis prædicta opinio corroboratur; si enim, quia prodigus idoneo consilio ad res suas administrandas caret, furioso æquiparatur, & interdicta illi bonorum administratione sub curatore per iudicem constituitur, ita vt deinceps per illũ gesta non teneant, quasi ab homine non sanę mentis gesta; hæc quidem ratio euincit, de gestis ab illo prodigaliter ante interdictam bonorum administrationem, idem fore iudicium; tam quia in furioso, & mente capto, cui ille ęquiparatur ante curatoris dationem hoc obtinet l. in negotijs. ff. de regul. iur. & inter omnes constat, quàm, quia nulla iuris ratio patitur, vt teneant gesta per eum, qui, quod ad rei suæ administrationem pertinet, â furioso non distat, vt dicitur in l. his qui §. diuus. ff. de tutor. & curator. dat. ab his.

5. Quo argumento Rip. d. l. is cui bonis, num 4. versicul. Sed licèt omnes, etiam in eo qui notoriè prodigus non est, contra omnes sentit, vt gesta ab eo non valeant. Cui ego assentio duobus simul cõcurrentibus;

primum

primum est, vt in eo quod gessit, prodigalitas versetur; secundum, vt licèt prodigus notorius non sit, verè tamen sit prodigus; nec enim sufficit, vnum actum prodigé fieri, vt, qui fecit, prodigus existimetur, sed plures ad id requiruntur, ita vt, etsi notorietas vitij in ciuitate non sit, eius tamen habitudo in illo homine ita sit, quòd legitimam iudici causam præbeat interdicendæ illi administrationis bonorū; quibus concurrentibus cum Rip. sentio, nec distingo inter prodigum notorium, seu manifestū, & non manifestum.

Ad leg. verò, quibus iudicialis interdictionis mentio fit, vnde communis argumentatur, ante eam, prodigo contrahi facultatem non esse ademptam, id quod maximè contendit per l. Iulianus. ff. de curator. furiosi. quasi, hoc à contrario sensu probantem, respondeo secundùm sup. scriptam resolutionem, iudicis interdictionem operari, vt prodigus ad contrahendū incapax omnino reddatur, qui ante eam contrahendi capax est, & alienandi res suas, ita tamen, vt quæ prodigè gerit, irrita sint; atque ita, quanuis in contractu læsus appareat, si lęsio non est talis, quæ prodigalitatis vitium secum inuoluat, secundùm communem hominum existimationem, tenebit contractus, receptamquè ex eo læsionem sustinebit prodigus cui bonis non erat interdictum.

6. Sed, an aduersùs illam beneficio restitutionis vti posit instar minoris, dubium est? Negatiuam partem probat Iasf. d. l. is cui bonis, num. 12. secutus Aret. ibi, num. 2. versic. Item lęsus, vbi Aret. absurdum reputat contrarium, cum quibus sentit Gregor. l. 5. titul. 11. part. 5. verb. defendido, versicul. Sed an detur, Barbos. in l. 3. nu. 20. versicul. Sed cauendum. ff. solut. matrimon. vbi pro eadem sententia citat etiam Bald. in c. ex parte, num. 2. de consuetud. Odd. de restitut. in integr. 1. part. q. 11. art. 4. versic. Secundus casus, vbi Paul. solū pro hac sententia allegat, cons. 248. Visis & ponderatis col. final. versic. Vlterius quęro lib. 2. Pro parte verò affirmatiua citari solet gloss. in l. patri pro filio, verb. interdici ff. de minorib. & Bart. in l. Marcellus, col. 2. versic. Nota istud. ff. de fideiussorib. eandem tenet Rip. d. l. is cui bonis, nu. 36. & communis sęcundùm Cald. d. l. si curatorem, verb. cùm nō absimilis, nu 3. vbi alios allegat pro ea, & æquissimam vocat illam secutus, quanuis fateatur, contrariam iuris rigore defendi posse, quia nullo iure probatur, prodigum ante bonorū interdictionem restitui posse; qua ratione priorem sententiam sequuntur Odofred. & Alberic. in d. l. si curatorem, citati â Rip. d. nu. 36. Et quidem pro illa ratio ista stringit; quia non videtur, posse â Doctoribus nostris restitutionis beneficium minoribus indultum, extendi ad casum, in quo scriptum non inuenitur; præsertim, cùm de beneficio hoc multę sint leges in corpore iuris, & tituli, in quibus, ad participationem illius, prodigi nulla mentio fit.

Nec, denique, cum minori legimus æquiparatū, nisi postquám bonis illi interdictum est, in d. l. si curatorem, idcircò, si tunc in contractu per curatorem illius gesto læsus existat, restitutionis auxilio iuuandus erit instar minoris, cui tunc nō absimilem esse, legitur in d. l. si curatorem; & ita in casu isto tradit Gutierr. d. c. 32. num. 4. Odd. de restit. in integr. d. 1. part. q. 3. artic. 1. versicul. Ego puto, & rursus d. quæst. 11. art. 4. versic. Primus est, Barbos. d. l. 3. num. 2. versicul. Neque contrarium, Azor. institut. moral. libr. 6. cap. 14. versicul. Tertiò prohibetur,

3. tom. & communiter tenetur, secundùm Paul. in l. Marcellus, colum. fin. ff. de fideiussorib. & in eo fortè accipiendus est Bart. ibi d. colum. 2. versicul. Nota istud, vt accipit Barbos. d. versicul. Neque contrarium, quia de restitutione prodigo competente absolutè loquutus est, ad quã notat glossam ibi; quam glossam de prodigo curatorem habente Paul. ibi intelligit, & communem dicit d. col. final. ad quem casum, Bart. d. loco, & alios allegant Gregor. d. verb. defendido, in fin. Gom. 2. tom. c. 14. nu. 30. ad fin. Cald. d. verb. cùm non absimilis, num. 3. in princ. & ita Bart. ibi, pro posteriore sententia in quæstione nostra, quæ est de prodigo læso ante curatoris dationem, securè non allegatur; sicut nec gloss. in d. l. patri pro filio, loquitur enim, vt Roman. aduertit singul. 223. quem sequitur Barbos. d. l. 3. nu. 20. ad fin. de prodigo qui simul erat minor, cuius curator aduersùs antea gesta restitutionem poterit implorare, iuxta tex. ibi, qui, nec gloss. quæ secundùm eum loquitur, idẽ probat in curatore prodigi maioris; nec, denique, casus aliquis in iure scriptus pro hac parte affertur, idcircò, priorẽ sentẽtiam tenendam censeo. Hęc de prodigo ante interdictionem bonorum. Nunc de interdictione ipsa, & de illo post eam. Priùs tamen, quis sit prodigus, vt bonis illi interdici à iudice possit, videamus.

7. Prodigum, eum esse, tradit Mendoç. de pact. lib. 1. c. 4. n. 49. secũdùm Philosophũ, quem refert, lib. 4. ethicor. c. 1. qui in donando debitum modũ ab eo ibi scriptum non seruat, sed immoderatè, & quibus nõ oportet, res suas donat; de quo sanè homine propriùs dici potest, quòd rem suam magis proijcit, quàm donat; qui enim sine vllo delectu donat, beneficiá magis proijcit, quàm dat, secundũ Senec. lib 1. de benefic. in princ. Et isto quidem, verè prodigus est, vt ei bonis interdici possit. Cæterùm, definitio prodigi, nõ eum solummodò cõprehendit, qui in donando prodigalitatẽ exercet; euenire enim potest, vt homo aliquis parcè donet, aut etiam, vt nec sic donet, & tamẽ actus alios prodigè agat, videlicet, res suas oneroso titulo malè alienando, & secũ immoderatè nullo expensarũ fine proposito insumẽdo; & hunc quidẽ definitio prodigi cõprehendit collecta ex l. 1. versic. Sed solent. ff. de curator. furios. Imò, secundùm Iurisconf. ibi, prodigus, vt bonis illi interdicatur cũ curatoris datione, est, qui bona sua dissipat, nullo expensarũ fine proposito, nec tẽporis habita ratione; atque ita, siue lucratiuo, siue oneroso titulo sic se gerat in rerum suarum dissipatione, sub definitione hac manet. Cui conuenit Ciceronis definitio libr. 2. officior. vbi, *Largorum*, inquit, *duo sunt genera, quorum alteri prodigi, alteri liberales. Prodigi, qui epulis, & viscerationibus, & gladiatorum muneribus, ludorum, venationumquè apparatu pecunias profundunt in eas res, quarum memoriam, aut breuem, aut omnino nullam sunt relicturi.*

86. Dubium verò erit, quot eiusmodi dissipationis actus requirantur in aliquo, vt bonis illi, tanquàm prodigo interdici possit; nam, ex vno prodigalitatis actu, homini libero bonorũ suorum administrationem auferre, rigurosum est, nec satis tutum; quando ex actu vno mores hominis non determinantur, secundùm Bart. in l. legatis seruis, num. 4. ff. de legat. tert. Auiles in capit. prætor. c. 2. gloss. De mercaderia, nu. 3. & 4. tradidimus in relect. nostra l. Titiæ, sį non nupserit. 3. part. num. 45 ff. de condit. & demonstrat. ad casum de quo ibi; plures verò hac in re actus prodigalitatis expectare, damnosum est; cùm periculũ sit in

sit in mora, ne fortè, dum plures expectātur, actibus ipsis res tota pereat; aut magna pars eius, cui prouideri intenditur. Quarè rem hanc, iudicis arbitrio relinquendam fore, existimo, qui aliquando ex pluribus, aliquando ex paucioribus, pensata qualitate eorum, mores hominis discernendo, peropportunè prouideat.

9. Semper verò causæ cognitio præcedere debet, & ad illam citandus est is, cui, vt prodigo, bonis interdici, & curator dari, prætenditur; cùm de magno illius præiudicio agatur; in quo, furiosi causa dispar est, qui non citatur, vt ex communi tradit Rip.d.l.is cui bonis nu. 26. Ioan. Gutierr.tractat.de tutel.& cur.1.part. cap.19. num.5. & alijs citatis Cald.d. l. si curatorem, verb. cùm non absimilis num.7. versicul. Ad huiusmodi verò, qui ampliat, vt procedat etiam in sententia principis, prodigum aliquem esse, decernentis, vt prodigi citatio ad illam requiratur, & citatione omissa non valeat sententia.

10. Sed est dubium, an ex sola iudicis sententia super prodigalitate affirmatiuè ac ritè lata, bonorum interdictio inducta censeatur? Bart. in hoc negatiuè respondit d. l. is cui bonis, num. 2. ff. de verbor. obligat. idem tenet Salycet. in l.1. prope fin. C.de curator. furios. Paul. in l.is cui lege, in fin.ff.de testament. Contrarium tenet Bald.in l.1.colum.1.versicul. Ego dico, ff. de curator. furios. & communis in d.l. is cui bonis, secundùm Aret. ibi, num.3. in princip. Ias. num.9. versicul. Secundam solutionem, Rip.ibid. num.30. post omnes Rebell.de obligat. lib.1. quæst.8. num.3.2.part. Mihi quidem Bart.sententia non displicet, quanuis enim sententia prodigalitatis declaratoria, ad hoc demum feratur, vt prodigo bonis interdicatur, tamen, quandiu non interdicitur administratio, siue sententia ipsa illam inhibente, siue post eam, sententia per se sola nihil aliud portat quā prodigalitatis enunciationem, & ad summum, illius notorietatem inducit, quæ notorietas non sufficit, vt prodigo bonis interdictum censeatur, iuxta communem de qua sup. Et, si dicatur, quòd sentētia fertur, vt ad interdictionem deueniatur prohibita prodigo administratione, bonorum, id magis hanc, quam oppositam sententiam iuuat; ex eo namque, apparet, sententiam, qua aliquis, prodigus enunciatur, & interdictionem bonorū, diuersa in se esse; idcircò, qui vnum dicit, & determinat, alterum non præcipit quod ab illo diuersum est.

11. Et non obstat etiam, quód, si iudex sententia sua declaret, reum commisisse delictum, de quo accusatur, eo ipso ad pænam delicti manet condemnatus.l.1. §. calumniatoribus ff.ad Senat.cons. Turpillian. similiter, & cùm aliquis sententia iudicis, alterius debitor pronunciatur, eo ipso ad soluendum videtur condemnatus. l. quid tamen. §.si arbiter ff.de arbitr.l. si prætor 2. vbi Bart. hoc notat ff. de iud. Aret.d l. is cui bonis, num.3. circà princip. Etenim, exempla ista, seu argumenta, quæ pro communi sententia adducuntur, in quæstione nostra nihil aliud concludunt, quàm iudice declarante aliquem esse prodigum, eo ipso condemnatum censeri in ijs, quibus prodigalitas est obnoxia; fateor verò, prodigalitatem interdictioni bonorum obnoxiam esse secundùm leges; hæc tamen interdictio per iudicem fieri debet, vt communis agnoscit cum gloss. & Bart.in d l.is cui bonis; vnde, dicimus quidem, prodigum, eo ipso quo prodigus sententia iudicis declaratur, bonorum interdictioni obstrictum

manere, quasi ad eam sola declaratione iudiciali prodigalitatis condemnatum; non tamen inde sequitur, eo ipso bonis interdictum manere; hoc enim ad sententiæ executionem spectat, sicut in propositis exemplis, pœnæ exactio, & debiti solutio, quorum condemnatio etsi sententia declaratiua delicti, & debiti veniat, executio tamen diuersum alium post eam exigit actum; sic, ergo, in proposito, si iudex, prodigum esse, declarauit, nec vlteriùs ad bonorum interdictionem processit, suspensa manebit interdictio in sequentem vsque illius actum.

12. Addit autem Bart. d. l. is cui bonis, num. 3. quòd, si iudex faciat præconizare per ciuitatem, ne aliquis cum tali contrahat, ex hoc non videtur, illi bonis interdictum, quia interdictio debet fieri ipsi prodigo, & non ijs qui cum illo contrahunt. Et in hoc etiam communis est contra Bart. secundùm Ias. ibi num. 13. Rip. num. 32. qui in num. sequenti post Paul. ibid. num. 10. & Bald. in l. 1. quęst. 2. ff. de curator. furios. Bart. sententiam saluat, intelligendo, quãdo iudex absque causæ cognitione, tale præconium, seu proclama fieri, pręcepit, sinè qua ad bonorum interdictionem, & curatoris dationem procedere iudex non debet. l. obseruare. ff. de curator. furios. illa verò præmissa, prout oportet, id est, cum partis citatione, sufficit proclama publicum, ne quis cum homine illo contrahat; quia in correlatiuis prohibitio vni facta, alteri quoque facta censetur. l. final. C. de indict. viduit. tollend. l. 1. C. de cupress. lib. 11. facit tex. in l. vero procuratori §. 1. & ibi notat Bart ff. de solution. Et sic communem sententiam accipiunt omnes cùm causæ cognitio pręcessit, & eam isto casu recepit lex nostra Regia lib. 4. titul. 103. § 6.

13. Dubitatur etiam, an per solam curatoris dationem, bonis interdictum censeatur. Bart. d. l. is cui bonis, num. 3. in fin. tenuit affirmatiuè, per l. si curatorem. C. de in integr. restitut. minor. & l. penult. ff. de curator. furios. vbi hoc non probatur, loquitur enim tex. cùm â patre filio in testamento curator est datus, cuius consilium, vt optimum pro filio, ac verum sequi debet prætor, iuxta tex. ibi in fin. Sed nec d. l. si curatorem, sententiam hanc probat, quę potiùs pro contraria induci potest, ibi, *Cui à prætore curatore dato bonis interdictum est*; quæ verba innuere videntur, non satis esse, curatorem prodigo à iudice dari, vt bonis illi interdictum censeatur; nisi dicamus, quód, dando curatorem, eo ipso administrationem bonorum prohibere videtur, vt ad leg. Castellæ, partit. 5. titul. 11. l. 5. respondit Gregor. ibi verb. Defendido, vbi, Bart. opinionem, de iure communi communiorem videri, scripsit; & eam sequitur Paul. d. l. is cui bonis, num. 8. Rip. ibi communem dicens num. 34. communem etiam dicit, & sequitur Barbos. in l. 3. num. 21. versicul. Et est ratio. ff. solut. matrimon. & quanuis Bald. & Angel. d. l. is cui bonis, in fin. contrarium teneant, non est recedendum â communi, modò curatoris dationem legitima causę cognitio præcedat, secundùm Imol. col. 2. versicul. Item adde, & Alex. num. 18. ibid.

14. Nec ab hac sententia lex nostra recedit d. titul. 103 §. 6. vbi post peractam interdictionem bonorum iuxta formam de qua ibi, curatorem prodigo per iudicem dari, statuit; etenim, verum est, quòd ad curatoris dationem perueniri non potest, nisi interdicta bonorum administratione,

ne, & illa quidem precedere debet, quando expressè fit, iuxta legem ibi; fieri tamen potest etiam tacitè, quod lex non negat, videlicet, per curatoris dationem causæ cognitione præmissa; potest enim iudex vnica conceptione verborum duo effectualiter expedire, scilicet, bonis interdicere, & curatorem dare, vt inquit Imol. loco sup. citato, & qui vult cōsequens, vult & antecedens. l. illud, ff. de acquirend. hæredit. cum alijs, & in dubio debet fieri interpretatio qua magis actus valeat. l. quoties in stipulationibus ff. de verbor. obligat. cap. Abbate. de verbor. significat. cum cōcordantib.

15. Frequens etiam in hac materia quæstio est de interdictione bonorum non rectè facta an valeat, quia, scilicet, ex falsa causa facta fuit, cùm is de quo agebatur, verè nō esset prodigus. In qua questione gloss. nostræ, & communes Scribentium opiniones adinuicem contrariantur, vt constat ex Ias. d. l. is cui bonis, num. 14. & sequenti, Rip. ibi, num. 39. & sequenti; & vterque negatiuam sententiam, communiorem esse, fatetur, quā contra Bart. ibi defendit Ias. d nu. 15. versicul. Quid tenendum, & cū alijs ab eo relatis sequitur Cald. d. l. si curatorem, verb. cùm non absimilis, nu. 20. Rip. verò & alij quos refert, affirmatiuam sententiam tenent, Bart. secuti; & mouentur authoritate rei-iudicatæ, quæ pro veritate habetur. l. res iudicata. ff. de reg iur. sequitur Vant. de nullit. process. titul. de nullit. sentent. ex inhabilit. seu defect. mandat. num. 23. versicul. Si tamen fieret, & Vigl. communem dicens, & ab ea nō esse recedendum, in §. item prodigus, num. 4. instit. quib. non est permiss. facer. testament. vbi gloss. final. sentētiam hanc tenuit, & communiter Scribb. ibi, secundùm Gom. eandem secutum. 2. tom. c. 14. num. 31. in fin. sequitur Rebell. de obligation. libr. 1. quæst. 8. num. 3. 2. part. Mihi etiam sententia ista fundamento suo magis placet, quia, vt gloss. ait in d. § itē prodigus, Rip. d. nu. 40. in proposita specie, quando error in sententia nō exprimitur, lata apparet contra ius litigatoris, non verò contra ius constitutionis, ergo valere debet. l. 1. §. item cùm contra. ff. quæ sentent. sin. appellat. rescind. l. 2. C. quand. prouoc. non est necess. Ord. nostra lib. 3. titul. 75. in fine principij.

Et non obstant. l. tutor si petitus. l. Seiæ egressæ. ff. de tutor. & curator. dat. ab his, quibus contraria sententia potissimùm nititur; respōdetur enim, loqui in decreto interposito per modum voluntariæ iurisdictionis, ad quā pertinet tutoris datio ratione minoris ętatis, de qua ibi, & tale decretum non valet, nisi quatenus veritate fulcitur, l. si putas. C. de petit hęredit. secus in decreto iurisdictionis contentiosæ, quod interponitur cùm plena causæ cognitione, ad quem pertinet præsens casus, valet enim nisi error in in illo sit expressus, d. l. 2. C. quand. prouocar. non est necess. & ita respondet Rip. d. l. is cui bonis, num. 39. prope fin. De prodigo, modò, post bonorum interdictionem, restat, vt agamus.

16. Illum verò, contractum gerere non posse, quo alteri obligetur, probatur in d. l. is cui bonis. ff. de verbor. obligat. & multò minus alienare res suas potest, in quo, adulto curatorem habenti similis reperitur, l. si curatorem. C. de in integr. restitut. minor. Cui etiam, ac pupillo in hoc ęquiparatur, quòd alios sibi ex contractu secum gesto, obligare potest, vt in pupillo etiam qui infantiæ proximus est, probat tex. in §. pupillus, inst. de inutilib. stipulat. in prodigo d. l. is

cui bonis, vbi Iaſ. num. 2. & 4. Rip. num 44. Et hoc ſanè abſque dubio procedit in ſtipulatione, in qua loquitur ille tex. quia non eſt contractus vltro citroqué obligatorius.

17. Dubium verò eſt, an eiuſcemodi contractum celebrare prodigus poſsit, & ex illo obligari, cùm ſibi vtilis eſt; & partem affirmatiuam ſentiunt Doctor. in d. l. is cui bonis, ſecundùm Rip. ibi num. 46. Tiraq. de legib. connubial. gloſſ. 8. num. 84. ſequitur Cald. d. l. ſi curatorem, verb. cùm non abſimilis, nu. 73. & ſequenti. Pro qua ſententia facit tex. in l. Iulianus. ff. de curator. furioſ. ibi, *Cum eis diminutio ſit interdicta*. Prætereà, bonorum interdictio, fauore prodigi eſt inducta; & idcircò, iuxta iuris regul. non debet in illius odium retorqueri, vt eueniret, ſi & ad contractum illi vtiliter geſtum extenderetur. Denique, pupilli, & adulti exempla, quibus prodigus æquiparatur, ſentētiam hanc ſuadent, illorum, namque, contractus, quando illis vtiles ſunt, inuitis contrahentibus ratificari poſſunt, vt validi permaneant; quo argumento pro hac ſententia vtitur Cald. d. num. 74.

Videtur tamen, quòd pro contraria retorqueri poſsit argumentum hoc, cùm traditum extet, pupillo ſinè tutore contrahente claudicare contractum, ita vt ipſe non obligetur, ſibi tamen obliget ſecum contrahentem. l. Iulianus. §. ſi quis à pupillo. ff. de actionib. empt. & in adulto curatorē habente idem tradit gloſſ. verb. abſimilis d. l. ſi curatorem. Præterea, pro hac ſententia facit d. l. is cui bonis, quę abſolutè ait, non poſſe prodigum cui bonis eſt interdictum, promittendò alteri obligari, nec diſtinguit inter vtilem, & inutilem promiſsionis cauſam. Quarè, pro reſolutione dicēdum exiſtimo, prodigū quidem contrahendo, contractu ipſo, quanuis illi vtilis ſit, alteri non obligari, & cū illo contrahentem manere obligatum; atque ita verum eſt, claudicare contractum, vt in pupillo cui æquiparatur, probat tex. in d. §. ſi quis à pupillo, & tradidimus ſup. in duob. capitibus pręcedentibus; hoc tamen in prodigo ſic accipiendum eſt, vt in pupillo, & adulto ſcripſimus in capit. proximé præcedente, id eſt, vt, ſi prodigo expediat, ſeruari contractum, & ex illo aduersùs alterum ille, ſeu curator eius experiatur, & ipſe quoque fidem præſtare, teneatur. Atque ita, in hoc reperitur claudicare contractum, quia etſi prodigo vtilis ſit, aduersùs eum ex illo agere non poterit, qui cum eo contraxit, poterit verò illum conuenire prodigus, ſeu curator eius, tanquám obligatum ex contractu, & conuentus exceptione doli repellet agentem, fidem præſtare recuſantem, & cum aliena iactura ſe locupletari contendentem. Et ſic apparet vera, & æqua quæſtionis reſolutio, & Doctor. menti conformis, & prioris ſententiæ argumenta non aduerſantur, ſed magis adſtipulantur, & ſalua manet litera d. l. is cui bonis.

18. Quęritur vlterius, an contractus prodigi, cui bonis eſt interdictū, iuramento firmetur; & Bart. in d. l. is cui bonis, num. 7. & 8. tenuit, contractum non firmari, nec prodigum iuramento obſtringi; cuius ſententiam communiter ibi teneri, & in multis alijs locis relatis per Alex. ibid. dixit ibi Iaſ. illam ſecutus num. 18. & ſequenti, communem quoque dicit, & ſequitur ibi Rip. nu. 57. & ſequenti, ſequitur Fabian. de empt. & vendit. quęſt. 3. principal. nu. 37. communem dicunt, & ſequuntur recentiores alij Hiſpani quos refert, & ſequitur Gutierr. de iurament. 1. part. c. 32. num. 6. Luſi.

Lusitanus Cald. d. l. si curatorem, verb. cùm non absimilis, numer. 24. Zeuall.d.lib.1. quæst.108. in fin. vbi scripsit, quòd opinio ista nullam recipit dubitationem, Azor. institut. moral.lib.6.c.5.regula prim. versicul. Dubiæ quæstionis est,rom.3.& rursus eod.lib.c.14. versic. Tertiò prohibetur,vbi communem dicit. Atque ita in hoc,prodigus differt à minore, cuius contractus iuramento confirmatur,iuxta Auth. sacramenta puberum C. si aduers. vendit. etiamsi pupillus sit,doli tamen capax,secundùm plurimorum sententiam ibi,& in c.cùm contingat, de iureiur. quos sequitur Alex.d.l.is cui bonis,nu.25. communem refert,& sequitur Dec. in l. pupillum,num.4. ff. de regul. iur. Et in quæstione proposita de iuramento prodigi contractui adhibito,hoc fundamentum pro contraria opinione, vt principale,ac fortissimum adducitur. Circà cuius responsionem laborant Scribb. differentiæ rationem inquirentes inter prodigum, & minores, quibus æquiparatur; & omissis alijs, illa frequentiùs recipitur, quia prodigus animi discretione caret,quę ad iuramenti validitatem requiritur c. etsi Christus,de iureiur. quod non ita procedit in minore, qui potiore nititur iudicio.

19. Quòd si replicetur, prodigũ delictis obligari, vt tradit Bart. d. l. is cui bonis,num.6..& omnes ibi communiter, & in l. si quis in tantam.C. vnde vi,contra glossam ibi, quæ communiter reprobatur, secundùm Ias. d. l.is cui bonis,nu.17. & Rip.ibi, num. 53. Cald. d. verb. cùm non absimilis, nu.43. Clar. in pract.criminal.quæst. 60.num.11.quibus non obligaretur, si iudicio careret; respondendum erit, prodigum quidem,idoneo iudicio,& animi discretione carere, ad contrahendum, non verò ad delinquendũ, ad quod reputatur vt quilibet alius sanæ mentis, & delinquendo, vt quilibet alius punitur, vt dixit Angel. in l.Fulcinius.§.adeò,num.3. ff. quib.ex caus.in possess.eat. Gom. 3.tom.cap.1. num.75. Clar.d.num.11.Cald.d.num. 43. versicul.Quamobrem, Zeuall. d. lib.1. quæst. 143. vbi in fin. veriorem dicit,& receptiorem.Quod procedit tam in corporali,quàm in pecuniaria pæna,vt constat ex citatis à Vincent. de Franch.decis.461. part.2.

20. Vnde, in cõtrahendo, maior potestas concessa est minori & etiam pupillo pubertati proximo, qui ex contractu à se gesto naturaliter obligatur secundùm communem sententiam,quã latè sup.discussimus ad tex. ibi, *Obligationes instituta*; quod secus est in prodigo,qui nec naturalẽ cõtrahit obligationem ex contractu à se celebrato;in quo ab adulto,& pupillo doli capace secernitur, & furioso æquiparatur,vt probatur in d. l. is cui bonis, vbi notant communiter omnes, Cald. d.verb. cùm non absimilis,nu. 22. In delictis verò, etiamsi pupillus pubertati proximus obligetur, l. pupillum,& ibi Dec.num 3. ff.de regul. iur.l.impuberem,iuncta gloss.ibi ff.de furt.Bart.& omnes in d.l.is cui bonis, Gom.d.c.1.num.58 Clar.d.quæst.60. num.3. vbi tria copulatiuè ponit, vt pupillus pro delicto puniatur,primũ, quòd sit doli capax; secundùm, quòd pubertati proximus; tertium, quod delinquat in committendo; quod vltimum in prodigo etiam ferè omnes ponunt; illud verò bene explicat,seu temperat Rip. d. l. is cui bonis,num.54. tamen in illis mitiùs agitur cum pupillo pubertati proximo, & doli capace, quàm cum prodigo; quia pupillus,& etiam adultus minor, ordinaria delicti pæna non puniuntur,vt tradit Dec.d.l.pupillum,in fin. & in l.ferè in omnibus, num.2. & 3.

eod. titul. de reg. iur. Gom. d. c. 1. num. 62. Clar. d. quæst. 60. n. 11. Cald. d. nu. 43. prodigum verò delicti reum ordinaria pæna ligat, vt ex Angel. & alijs tradidimus. In quo, prodigus, qui aliás minori, pupillo, furioso similis in iure reperitur, nulli eorum assimilatur, sed vt integræ personæ, ac sanæ mentis homo reputatur.

21. In testamentis veró, furioso, & pupillo æquiparatur prodigus, & differt ab adulto curatorem habente, quia hic testari potest, illi verò non. Et de prohibita testamenti factione in prodigo, deque ratione illius latè egimus in commentar. l. 1. C. de sacrosanct. eccles. 1. part. §. 2. & ibi ad fin. §. de nominatione ad emphyteusim, & præsentatione ad ecclesiam cuius est patronus, ab illo facta; idcircò, de his hîc dicere, omittimus.

22. Restat verò, pro complemēto eorum quæ ad prodigos spectant, disputanda quæstio de recuperanda administratione bonorum, an, scilicet, eo ipso quo prodigus ad sanos mores redierit, illam recuperet absq; aliqua iudicis sententia? Et hoc probare videtur, nec obscurè quidem, tex. in l. 1. versicul. Quòd si euenerit ff. de curator. furios. præmiserat enim, tandiu furiosum, & prodigum in curatione fore, quandiu vel furiosus sanitatem, vel prodigus sanos mores receperit; *Quod si euenerit*, inquit, *ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.* Per quem tex. hanc sententiam tenuit Petr. de Bellapert. & alij citati à Rip. eandem secuto d. l. is cui bonis, num. 41. sequitur Cald. d. verb. cùm non absimilis, nu. 81. versic. Quinimo. Qui iudicis sententiam ad hoc tātùm prodesse, volunt, vt probationis onus illa excusetur; quandocunque verò feratur, gesta per prodigum ex quo sanos mores recepit, valida iudicabuntur frugalitate morum probata. Bart. verò d. l. is cui bonis, num. 5. secutus Iacob. de Are. ab eo relatum, distinguit inter manifestum, & nō manifestum; vt, quando manifestum est, prodigum ad bonos mores redijsse, eo ipso absque aliqua declaratoria iudicis sententia, bonorum administrationem recuperet, &, si manifestū id non est, declaratoria sententia precedere debeat; & hanc sententiam sequuntur communiter Doctor. vt fatetur Rip. d. nu. 41. & ex alijs Cald. d. num. 81. Et videtur, saltem in 2. membro, probare Ord. nostra lib. 4. titul. 103. §. penult. vbi propinquorū, amicorum, & vicinorum prodigi testimonium iuratum de sanitate morū exigit, vt illi bonorum administratio restituatur; & ita precedentem ad hoc causæ cognitionem requirit, quę ad iudiciale spectat examen, & decretum. l. vbicunque. ff. de regul. iur. Notanda verò est lex Regia pro differentia inter furiosum, & prodigum d. tit. 103. §. 2. vbi de furioso loquitur, &, redeunte illo ad mentis sanitatem, bonorum administrationem illi restitui, præcipit; nec, ad id præcedens aliquod examen fieri, præcipit, propinquorum, & vicinorū testimonijs adhibitis, vt in prodigo expressit, cùm de eo agit d. §. penult. animaduertit, scilicet, prudens Lusitanus Legislator, non tam facilè in homine sanos mores, quàm mentis sanitatem cognosci; ideo, in casu illo maiori cautela prouidere, intendit.

23. Ego quidem de frugalitate prodigi iudicare, vt illi bonorum administratio restituatur, difficile duco; cùm enim prodigus bonorum suorū sit dissipator, ob quam causam illorū administratio illi interdicitur, difficile est, de huiuscemodi homine qui non dissipat, quia non administrat, iudicium ferre pro recta administratione bonorum. Quam, etsi decurio

ciuitatis

ciuitatis factus sit, non ex hoc recuperabit, vt notat Bart. in l.1. in fin. per tex. ibi C. qui, & aduers. quos, vbi de facto vidisse testatur, sequitur Ias. d. l. is cui bonis, num. 16. Rip. ibi, nu. 42. vbi addit de prodigo ad doctoratus gradum promoto, Cald. d. verb. cùm non absimilis, num. 82. & tamen prę sumptio bona est pro eo qui ad publicum ciuitatis munus, & rempublicam gubernandam eligitur, quód homo frugi sit, videturquè, quòd nullum melius testimonium recuperatæ frugalitatis pro prodigo afferri posit, quàm istud; quo tamen Doct. nostri non sunt contenti, vt recuperet bonorum administrationem. Facile, itaque, est, dicere, quòd prodigus bonorum suorum administrationem reassumit, cùm sanos mores recipit; sed perquàm difficile, scire, quando desideratos ad id mores recipit; euenire, namque, potest, vt per trienniũ, abstineat à meretricio, ludo, comessationibus, & ebrietatibus; & id non tam vitæ nouæ institutione proueniat, quâm quia, bonis interdictus perseuerare in pristina, non potest. Præterea, euenire potest, vt & his amotis vitijs prodigus sit, cui bonis debuit interdici, quia profusis aliás & in discretis largitionibus patrimonium exhauriebat, quo casu, post ademptam illius administrationem, difficilius est, iudicare pro bona administratione futura.

24. Resoluendo tamen quęstionem, dico primò, prodigum eo ipso quo bonos recipit mores, á potestate curatoris liberari; hoc enim negare non possumus, quod Iurisconsult. aperté affirmat in d. l. 1. ff. de curator. furios. de furioso, & prodigo simul & pariformiter loquens, ait enim, *Et tandiu erunt ambo in curatione, quandiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit*; quæ verba satis probant, curatoris potestatem ampliùs non durare, & quæ immediatè sequuntur, clariùs hoc ostendunt, *Quod si euenerit*, inquit, *ipso iure desinunt esse in potestate curatorum*; illa enim verba, *ipso iure*, latæ sententiæ sunt, & ferendæ exclusiua, quod pluribus citatis tradit Tiraq. in l. si vnquam verb. reuertatur, num. 144. C. de reuoc. donat. vbi euidentissimum per se hoc dixit, vt probatione nõ egeat, idqué etiam si iungantur verbo futuri temporis, vt ibid. per eum; & de dictionibus illis, *tandiu, quandiu*, quæ omnem temporis moram excludunt, idem est, iuxta tradita per eundem d. verb. reuertatur, num. 126. & sequenti. Atque ita, si Iurisconsulto credimus, eo ipso quo prodigus sanos recipit mores, à potestate curatoris liberatur, & contrahere liberè potest, & testamentum condere, absque aliqua declaratoria iudicis sententia.

25. Dico secundò, probationem bonorum morum vno actu non induci; vnde, etsi prodigus contractum vnum gerat sibi vtilem tanquàm vir prudens, non ex hoc, vt prudens homo æstimandus erit; sicuti, nec, si prouidè testetur, & in pias causas, sustinebitur testamentum, vt ex communi sententia tradidimus in l. 1. C. de sacrosanct. eccles. 1. part. §. 2. num. 17. quia boni mores actu vno non præsumuntur recepti; sed biennij, aut triennij tempus prudenter & frugaliter transactum requiritur, vt cũ Rip. d. l. is cui bonis num. 43. & alijs, ibi tradidimus. Et quidem, vt hoc temporis spatio, vel alio, quod bonus ac prudens iudex arbitrabitur inspecta personæ, & actuum qualitate, prodigalitatis vitium abolitum censeatur, non satis erit, prodigum abstinere à vitio, cui ante interdictam bonorum administrationem mancipatus erat; cùm id euenire posit ex causa quam diximus;

diximus; sed, vltraquám quòd abstineat á malo, bonum facere, oportebit, iuxta illud Psalm. 33. *Diuerte à malo, & fac bonum*; & iterum Psalm. 36. *Declina à malo, & fac bonum*; & denique, vt bonę frugi homo ęstimetur, bonæ vitæ conuersatio probanda erit, id est, conuersatio cum bonis, vt in Psal. 17. *Cum sancto sanctus eris, & cum viro innocente innocens eris, & cum electo electus eris, & cum peruerso peruerteris* Docebit, itaque, de sanitate morum, si cum bonis agat, & vt prudens se agat in conuersatione, & humano commercio, longè aliter ac erat, cùm bonis illi fuit interdictum.

26. Quæret veró aliquis, an gesta frugaliter per eum in illo temporis spatio, quod ad probandam morum sanitatem transire, necessè est, firma maneant quasi ex tunc à non prodigo gesta, an validitas gestorum ab illo in ijs incipiat, quę gesserit post illud temporis spatium decursum? Ego quidem, & quæ antea prudenter egit, vt à non prodigo acta probabo; tempus enim intermedium, nõ facit ius, sed probationé, id est, probat hominem à prodigalitatis vitio abstentum ex quo bene ac prudenter agere cæpit, ex quo ergo prodigalitatis vitium odio habuit, bonos mores, ad rem quam agimus, recepisse, dicitur, idcircò ex tunc in potestate curatoris esse definit, iuxta d. l. 1.

27. Dico tertiò, sententiam iudicis declaratoriam, hac in re perutilem esse, vt saltem ad gesta post eam probandæ frugalitatis necessitas excusetur, & qui cum homine contrahunt, securè contrahant. Proderít etiam in id ad acta ex eo tempore, quo prodigus, bonos inchoasse mores, in sententia declaretur. Et ita in quæstione hac, iudicis sententiam ad excusandas probationes requirit Rip. d. l. is cui bonis, num. 41. versic. Quid tenendum? & qui opinionem hanc contra Bart. & communem sequuntur.

28. Dico quartò, ius nostrum Regium à opinione ista non dissentire; quod enim Ord. d. lib. 4. titul. 103. §. penult. iudiciale decretum requirit prçmissa causæ cognitione de prodigi resipiscentia, vel sic accipiendum est, vt tale decretum ad excusandas probationes requitatur; vel, vt de facto illi suorum bonorum traditio fiat, quorum administratio in persona eius ipso iure cçpit, cùm primùm sanos mores recepit, iuxta d. l. 1. ff. de curator. furios. à qua vt Ord. nostra non deuiet, sic erit intelligenda. Quód si adhuc contendat aliquis, bonorum administrationem ex iure Regio prodigo non competere, nisi lata priùs sentẽtia de sanitate morum, id saltem cum Bart. & communi sententia temperandum erit, vt in illo intelligatur, cuius resipiscentia notoria non est, tum, vt minus quàm fieri possit, ius nostrum à communi, & communi sententia deuiet; cùm statutum sic interpretari semper debeat, vt minus corrigat ius commune, vt notatur in c. cùm dilectus, de consuetud. & in l. si serui vestri C. de noxalib. & in l. fin. §. in computatione, vbi gloss. magna in fin. C. de iur. deliberand. tradit Socin. cõs. 302. Videbatur primò, nu. 2. versicul. Confirmatur, vol. 2. tum etiam, quia vbi resipiscentia notoria est, sententia opus non est, cúm notorium, & sententiam æquiparari, communiter tradatur, per l. emptorem. ff. de actionib. empt. Hæc de prodigo.

29. De mente capto idem per omnia est iudicium, quod de furioso, cui æquiparatur, quia animi iudicio caret. l. si furiosi C. de nupt. l. 2. C. de curatór. furios. tradit Socin. cons. 47. Facti narratione, num. 8. vol. 3. Dec. cons.

cons. 112. In præsenti, circà initium 1. part. Gutierr. tract. de tutel. & cur. 1. part. c. 12. nu. 7. vbi cum Ant. Piagio de tutor. & curator. quæst. 2. num. 24. contra Bart. in d. l. si furiosi C. de nupt. probat, mente capto curatorem legitimum assignari, & non esse datiuum, sicut & furiosi curator legitimus est. Et quia animi iudicio caret, nec Deo per religionis ingressum obligatur c. sicut tenor, de regularib. nec ex delicto tenetur. l. infans. ff. ad leg. Cornel. de sicar. tradit Gom. 3. tom. c. 1. numer. 70. Clar. in practic. criminal. quæst. 60. num. 7. Et hoc, si mentis expers omnino sit; si verò non omnino expers sit, sed doli capax, tametsi hebetis iudicij, pro qualitate delicti, ac malitiæ puniendus erit.

30. Sed an huiusceemodi homini, qui prodigus non est, nec mente omnino captus, sed hebes, & rudis in administrationem rei familiaris, interdici bonis possit, instar prodigi, aut amentis, dubium est, quod ab alijs tactum non inueni; & quidem tractatu dignum est, quia huiusce conditionis homines non rarò inueniuntur. Pars verò affirmatiua ex eo suasibilis est, quod ad prodigos scriptum legimus in l. his qui §. diuus. ff. de tutor. & curator. dat. ab his, vbi, *Non est nouum*, inquit, *quosdam etsi mentis suæ videbuntur ex sermonibus, compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, vt nisi subueniatur his, deducantur in egestatem.* Notandum est verbũ, *tractare*, quod generale est, tam comprehendens bonorũ tractationem quæ prodigalitatis vitio agitur, quàm quæ indiscretè agitur, propter naturalem animi hebetudinem; si ergo Imperat. Pius consulens prodigis, pro quibus à matre eorum aditus fuerat, æquum duxit, prospicere etiam eis, qui quoad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum, vt habetur in d. §. diuus, in fin. videtur, quòd & huic de quo agimus, prospiciendum æquè sit, quia eadem in illo, aut etiam maior æquitatis ratio reperitur; quia prodigus, vitio suo talis est, hic verò de quo loquimur, naturæ defectu, qui imputandus illi non est.

Pars autem negatiua probatur, quia quod in furioso, mente capto, & prodigo apud Iurisconsult. & Imper. scriptum legimus; non videtur trahendum ad eum de quo præsens quæstio est, qui diuersæ ab illis conditionis est homo, cuius nullam eo in tractatu Cæsares, & Iuriscõsult. mentionem fecerunt; quam, credibile est, quòd fecissent, si, in hoc quoque idẽ quod in illis fieri, voluissent; nec verò obliuione prętermissus credendus est, aut tanquàm rara aliqua auis in terra omissus, cùm multi sint, vt diximus, qui etsi mentis suæ compotes sint, nec vitio prodigalitatis bona sua effundant, ad eorum tamen administrationem crassi sunt & rudes animo. Quocircà, quia non temerè homini libero bonorum suorum administratio est auferenda vbi hoc non reperitur expressum, videtur, quòd pars hæc amplectenda sit, vt ita non possit per loci iudices in casu isto prouideri, sed iusta existente causa pro eo princeps adeundus sit. Et cõfirmatur, quia ex contraria opinione, sequeretur, eum de quo agitur, testari non posse, vt in prodigo, & furioso constat; & sic eueniret, hominem, qui iure, testari prohibitus, expresśim nõ reperitur, propter interdictam à iudice bonorum administrationem, intestabilem manere; contra notata per gloss. & ibi Doctor. in l. si quęramus ff. de testament. Nec obstat tex. d. l. his qui §. diuus; quia loquitur in prodigo; & pro hac sententia retorqueri potest, dum non à iudice, sed à Principe prouisum ibi extat; ad quem nos,

nos, pro casu isto recurri debere, dicimus. Sanè homini ita rudi ac simplici, aduersus gesta per eum restitutionis auxilio ex clausula generali succurri debere, scripsit Odd. de restitut. in integr. 1. part. quæst. 14. artic. 8. nu. 77. per tex. quem vocat vnicum, in l. cùm de indebito. §. si autem is. ff. de probat.

31. De irato etiam dubitari potest, an quandiu iracundiæ calore efferbet, contractum gerere possit; etenim ira, dicitur breuis furor, & homo iratus furiosum facit exitum; vt de prodigo dicitur in d. §. diuus, in fin. ex quo, gesta ab eo, quasi à furioso gesta, non videntur valere, aut saltem, quasi gesta ab eo qui naturali animi iudicio, ac libero consensu, qui ad cōtrahendū requiritur, præpeditus est, dum iracundus est, & ita probat regula tex. in l. quicquid calore iracundiæ ff. de regul. iur. quam Bart. ibi, in contractibus exemplificat, vt ab irato facti nō valeant, secundùm regulam tex. ibi, & in l. 3. ff. de diuort. vbi glossa nostra dixit, quòd ira minuit delictum & rescindit contractum; idem notauit gloss. in d. l. quicquid, & gloss. in c. si quis iratus 2. quęst. 3. per l. licitatio ff. de publican. & vectigal. per quæ iura, contractum ab homine irato celebratum non valere, tradit Roman. singul. 508. Volo commentare, in princip. Ias. in l. si filiam suam num. 4. C. de inofficios. testament. Felin. in c. Matthæus nu. 2. notab. 2. de Simon. Tiraq. de pæn. temperan. causa 1. nu. 24. & de priuileg. pię caus. priuileg. 18. Paris. cons. 50. incip. Testamentum, num. 30. vol. 2. Mantic. de tacit. & ambig. conuent. lib. 3. titul. 10. num. 15. tom. 1. Secundùm quam sententiam, idemque quoque in dispositione vltimæ voluntatis probandum videtur, tam quia ad testandum non minus liber animi consensus, & libera voluntas requiritur, quàm ad contrahendum, quàm quia regula d. l. quicquid, eiusquè ratio æquè hoc, & illud comprehendit; & ita sentit Paris. d. cons. 50. num. 29. versicul. Posttemó.

32. Pro contraria verò parte facit, quia ira non aufert consensum; si enim auferret, delictum iracundiæ calore commissum, non esset punibile; quod est falsum; quanuis enim hoc ita communiter dicatur, vt ait Ias. in l. si duo patroni §. si quis iurauerit in 2. num. 1 ff. de iureiurand. ipse tamen absolutè dictum non probat, sed punibile putat, mitiùs tamen; & ita tradunt gloss. sup. citatæ, & communiter Doctor. quod alij volunt, quando ira ex iusta causa procedit, vt in casu l. Gracchus. C. de adulter. vbi iusti doloris mentio fit ad pænę moderamen; & ita esse communem sententiam testimonio Mench. cōtrouers. illustr. c. 18. num 29. testatur Clar. in practic. quæst. 60. num. 9. Cùm, itaque, ira non auferat consensum, videtur dicendum, contractum ab irato gestum sustineri debere, tanquàm à volente & consentiente celebratum, iuxta regul. l. sicut C. de obligat. & action.

33. Secundò vrget fortiús pro hac parte, quia votum calore iracundiæ factum valet, & vouentem Deo obligat, iuxta cōmunem sententiam, quam tradit, & sequitur Nauarr. in manual. c. 12. num. 24. versicul. Vnde infertur, & pluribus vtriusque classis Doctorib. citatis Thom. Sanch. de matrimon. lib. 1. disput. 8. nu. 5. tom. 1. approbat idem Author super Decalog. lib. 4. cap. 1. num. 2. latè Suar. de Religion. lib. 1. c. 9. tom. 2. tractat. 6. ex num. 4. vbi sententiam hanc, veram, & communem dicit, & communem Theologorum omnium in 4. sentēt. dist. 38. & Canonistarum in c. dudū, de conuers. coniugator. tradit Frater Ludouic. de Beja Palestrell. in respōs.

cas.

cas. conscient. casu 9. part. 4. Si ergo votum, quod absque consensu, & deliberatione non consistit, ira factum valet, ac obligat Deo, cum quo mitiús agitur, quàm cum hominibus, vt dixit gloss. nostra in l. 2. verb. non obligantur ff. de pollicitationib. dicendum videtur, valere contractum iracundiæ tempore gestum, quando talis non est, quæ omnem absorbeat animi sensum, vt in voto, & iuramento communiter respondetur; quæ à pari procedunt secundùm Dec. d. l. quicquid calore nu. 4. ff. de reg. iur.

Tertiò pro hac sententia facit tex. elegans, in c. sunt qui opes. 17. quęst. 4. qui loquitur de donatione ecclesiæ facta tumultuario mentis impulsu, & eam valere probat. Et non videtur admittendũ quod pro limitatione præcedentis sententiæ tradit Rom. d. singul. 508. vt non procedat in contractu ad pias causas, per tex. illum quem singularem dicit, & sequitur Ias. d. l. si filiam, num. 6. si enim ad contrahendum deest consensus, nec cum ecclesia sustinetur contractus; si non deest, vt cum ecclesia, ita & cum priuato valere debet. Vnde repulso Rom. intellectu, Dec. in d. l. quicquid, num. 1. cum Ioan. Andr. & Butr. in d. c. dudum, & Felin. in c. sicut ex literis, de iureiur. intelligit tex. in d. c. sunt qui opes, in eo qui iracundia aliqualiter concitatus, opes suas ecclesię donauit, nõ tamen vsque adeò concitatus, vt á mente fuisset alienatus, quo casu non valeret donatio; & subdit Dec. quòd hoc idem dicendũ videtur in alijs contractibus. Secundùm quem intellectum, prior sententia in quæstione proposita destruitur, si non aliàs ea locum est habitura, quàm vbi is qui contrahit, alienationem mentis patitur præ irę impetu quo tenetur.

34. Ego quidem, primò, gloss. & Bart. in quæstione proposita intellexisse, duco, de illo qui ira motus contrahit, non tamen sic ira captus, vt & mente captus sit; in hoc enim inanis esset quæstio de valore contractus ab illo gesti; cùm certissimum sit, non valere sinè partis consensu, quo carere constat, qui mente captus est; nec refert, iracundiæ motu, an alia de causa id euenerit. Deinde pro resolutione quęstionis puto dicendum, tunc demum non valere contractum ab iracundo gestum, cùm constet, contractum, quem ira motus gessit, amota ira non fuisse gesturum, & ita cum declaratione ista, quæ est è mente gloss. Bart. & qui eos sequuntur, illis adhæreo; quamuis enim in eiusmodi homine non desit consensus, quo corã Deo merere, & peccare possit, deest tamen sufficiens consensus ad contrahendũ, qui naturalis esse debet, id est, qualis illi à natura inest, & non turbatus; qualis reperitur in eo quem proponimus, tametsi deturbatus non sit.

35. Ad quam sententiam sic explicitam pondero regul. d. l. quicquid, & l. 3. ff. de diuort. vnde illa emanat; ait enim, *Quicquid calore iracundiæ vel fit, vel dicitur, &c.* Quæ verba generalia sunt, & contractus comprehendunt, sicut acta alia, vel dicta. Illa verò quæ sequuntur, *Non priùs ratum est, quàm si perseuerantia apparuerit, iudicium animi fuisse*; planè ostendunt, quód, etsi iracundiæ calore cõtractus celebretur, qui etiã amota ira celebrandus esset, quod ex pręmisso tractatu, vel aliunde probari poterit, nõ ex eo irritãdus est, quód iracũdiæ calore celebratus fuit.

36. Et hac sententia retenta non obstant in contrarium adducta. Ad primum enim respondetur, quòd in irato verè quidem non deest consensus, qui sufficit vt ex delicto teneatur, quamuis mitiori supplicio plectendus, præsertim si iustam irę causam

M ha-

habuit; at verò ad contrahendum talis consensus sufficiens non est; nec de delicto ad contractus valet argumentum, vt aduertit Ias. in l. ciuitas, nu.2.ff.si cert.petat. & alij ibi; videmus enim, prodigum, minorem sub curatore constitutum,& pupillum,nō obligari ex contractu,ex delicto verò sic,vt tradidimus sup.

37. Ad secundum respondetur, diuersam esse voti, & contractus rationem; quia ad vouendum non maior requiritur deliberatio, quám ad mortaliter peccandum, vt tradunt Doctor.communiter probantes, valere votū iracundiæ calore emissum, vt constat ex Nauarr. Suar. Sanch. & Palestrell.citatis sup.nu.33.Cùm ergo homo iratus delinquendo peccet, quanuis delinquat iracundiæ calore concitatus, vouere etiam poterit, & ita vouendo Deo se obligare in eo statu constitutus,in quo diabolo obligare se potest; hæc enim á pari procedunt,secundùm gloss.1. in c.mulier 32. quæst. 2. quam singularem dixit Nauarr.d.cap.12.num.24. Præterea, quia cum Deo mitiùs agitur, faciliùs cum eo contrahitur obligatio, quæ de facili, per Dei vicarios, & ministros,dispensatione tollenda est propter iracundiæ causam qua contracta fuit,vt agnoscunt qui sententiam pro voti validitate sequuntur.

38. Et quidem,licèt sententia illa communis sit, quam grauissimi, ac nostris etiam temporibus clarissimi Patres approbant, illa tamen, eorum pace dixerim, sinè dubio non transit, & multi graues Authores contrariam magis probant, vt fatetur Nauarr.d. num. 24. è quibus est gloss. reputata singularis in c. dudum, de conuers. coniugat. cuius sententiam veriorem censet Abb.ibi nu.8.etsi dicat,à contraria propter difficultatem probationis non esse in practica recedendum, sequitur Rom.d.singul.108. Ias. d.l.si filiam, num.4. qui regulam d.l. quicquid calore iracundię, etiam in voto exemplificant, & in iuramento, Ascan.Clemēs tract.de patr.potestat. c.6.effect.5. num.36. cum sequentib. pro qua sententia alios citat Sanchez d.lib.1.disput.8. num.4.in fin. Et pro illa primò facit illud Apostol. ad Corinth.2.c.9. *Hilarem enim datorem diligit Deus*; & voluntarium sibi militem eligit Christus, vt dicitur in c.non est, 15.quæst.1. Deinde,ira Deo displicet, quę est peccatum,ex septem capitalibus,& de illa dicitur Ecclesiastic.27. in fin. *Ira & furor, vtraque execrabilia sunt, & vir peccator continens erit illorum*; cui ergo displicet arbor, credendum est, quod non sit acceptabilis fructus illius; porrò, votum quod quis facit iræ calore concitatus, aliás non facturus,ipsius iræ effectus est, & quasì malæ arboris fructus. Denique, notandus est tex. cuius sup.meminimus, in c. sunt qui opes.17.quæst.4. vbi, de donatione ecclesiæ facta tumultuario mentis impulsu, dicitur, quòd grata non est; atque ita probat, ea quæ irascenti animo fiunt, tametsi in se bona sint,& in pias causas facta, Deo non placere,in cuius bene placito principale voti requisitum consistit.

39. Et non obstat, si dicatur, iratum posse peccare, ergo & merere posse, quod videtur principale communis sententiæ fundamentum; vtrumque enim fateor, sed non inde sequitur,vouere illum posse; quia votum, non hilari, sed irascenti animo factum ab eo qui aliás facturus non erat, meritorium opus esse, nego. Itaque, si qui ira tenetur, suæ tamen mentis compos, mala opera faciat; peccabit, si bona, merebit, ita tamen, si opera bona quę facit, non faciat irę causa, sed quia & sedato animo

animo facturus erat, verb. gratia, iratus est fratri, & iræ impetu opes suas ecclesiæ dare, vouet, aut pauperibus distribuere, bonum opus vouet, sed meritorium non est, quia iracundiæ causa vouet; & tamen, si dum ita iracundus est, ieiunet in Sabbatho in honorem B. Virginis, meritorium opus facit; & in hoc distinguitur à furioso, & mente capto, qui sicut peccare non possunt, ita nec bonis operibus quicquam mereri, propter defectum consensus. Redeundo nunc ad principalem nostram quęstionem, si posterior hæc sentẽtia in voto, magis arrideat, ex ea confirmatur illa, quam in contractu cum Bart. & alijs tuemur; sin minus, responsum supra manet.

40. Ad tex. verò in d.c. sunt qui opes, quem, ingenuè fateor, difficilem duco, quatenus donatio ibi ecclesiæ facta tumultuario mentis impulsu, id est, animo irascente, vt communiter intelligitur, valida proponitur, ita vt reuocari postea non posit, contra regul. d.l. quicquid, cum sup. dictis, respondendum erit, donationem ibi à principio firmiter non valere, vt non valet inter priuatos, sicut nec contractus alij iræ calore gesti, sed perseuerantia post animum sedatum confirmari in casu d.c. sunt qui opes, vt ad tex. ibi pręsensit Paris. d. cons. 50. nu. penult. vol. 2. Cui addo, ecclesiæ ibi, & piæ causæ priuilegium in hoc volui, quòd sola animi ab ira quiescentis perseuerantia donatio confirmetur absque alia ratihabitione illius, quæ inter priuatos requiritur ad firmitatẽ eorũ quæ calore iracundiæ acta sunt, iuxta d.l. quicquid. Quę quidem ratihabitio sola taciturnitate in præiudicialibus non inducitur, sed vel expressa interuenire debet, vel facto aliquo positiuo, quod cum taciturnitate requiritur ad præsumptionem cõsensus in præiudicialibus, iuxta tradita per Barbos. in l. quæ dotis, n. 158. vers. Item secundò. ff. solut. matrim. At verò pietatis fauore sola perseuerantia præsumptam inducit ratihabitionẽ in donatione ecclesiæ facta calore iracundiæ, vt reuocari postea non possit; & in hoc pietatis fauor consistit in specie d. c. sunt qui opes. Hęc de irato.

41. In ebrio certa est conclusio, non valere quod agit, tanquàm actũ ab eo qui suæ mentis compos non est; ebrius, namque, amens est, c. à crapula, de vit. & honestat. clericor. c. vnusquisque. 22. quęst. 4. Vnde, nec contractus, nec testamentum quod quis ebrietatis tempore fecerit, sustinebitur, vt in cõtractu notauit gloss. verb. quod ebrius, per tex. ibi, in d.c. vnusquisque, Rip. in l. is cui bonis, nu. 25. ff. de verbor obligat. & in matrimonio loquens, cum citatis ab eo tradit Couar. de sponsal. 2. part. c. 2. in fin. Sãch. de matrimon. lib. 1. disput. 8. num. 19. & sequenti 1. tom. & in testamento Bald. d.c. à crapula, & in c. 1. in fin. de testament. & in vtroque tradit Dec. cons. 112. In præsenti, post initium.

Nec ex delicto ebrietate commisso tenetur c. sanè, c. inebriauerunt, 15. quæst. 1. quod tamen est intelligendũ quando sinè culpa sua factus fuisset ebrius, vt tradit Clar. in pract. quæst. 60. nu. 12. aliàs puniendus est non tamen ordinaria delicti pœna, sed extraordinaria, quia etsi ebrietas excuset à dolo delicti, non tamen excusat à culpa, & ita ex Plaça lib. 1. delictor. c. 30. nu. 1. & Mench. controuersiar. illustr. c. 96. nu. 31. commune refert Clar. d. num. 12. Sed & illud quod de nullitate contractus dicitur, accipiendum est, quando ebrius talem patiebatur mentis defectum, vt alienatus ab ea esset; quod ex dictis ab eo, & factis alijs tunc temporis, conijci poterit.

M 2 42. Nunc

42. Nunc vltimo loco, de surdo & muto vltima restat quæstio, quæ eum casuum distinctione expedienda erit; & primus sit de illo qui vtrumque morbum á natiuitate patitur; qui nullum contractum gerere potest, propter defectum iudicij, quo laborat ad celebrandos contractus, quorũ conscius esse nequit, qui sic à natura impeditus est; vt tradit gloss. in donatione loquens, in l. qui id quod. §. mutus, verb. donare. ff. de donat. quam singularem, & vnicam reputant Doctor. vt dicit Gom. 2 tom. c. 14. nu. 29. generaliter in omnibus contractibus eam accipiens; quæ sententia vera est; quanuis Cald. in l. si curatorem verb. cùm nõ absimilis, nu. 59. versic. Sed nihilòminus contrariam, veriorẽ putauerit, vt, nempe, mutus & surdus à natura contractus omnes qui solo consensu perficiuntur, celebrare possit, excepta donatione, in qua loquitur gloss. d. §. mutus. Et mouetur matrimonij argumento, quod potest cõtrahere mutus & surdus à natura simul, si habeat intellectum, & signis illum declarare valeat, vt est communis Doctorum traditio per tex. ibi in c. cùm apud, de sponsalib. vbi Pręposit. num. 5. communem asserit, & pluribus citatis sequitur Sanch. d. disput. 8. num. 12. versicul. Cæterùm, ac denique, in matrimonio, & alijs contractibus qui consensu perficiuntur, idẽ æquè tradidit Azor institution. moral. lib. 6. cap. 14. versicul. Secundo, is, 3. tom. Quod tamen argumentum ad contractus alios non concludit; quia inter illos, & matrimonium differentiæ ratio est, quam adducit Sanch. d. loco nu. 14. sicut etiam, quanuis contrahere matrimonium posit, testari non potest l. discretis. C. qui testament. facer. poss. nec quidem ad pias causas, vt tradidims in commentar. l. 1. C. de sacrosanct. eccles. 1. part. §. 3. num. 8. vbi differentiæ rationem inter matrimonium, & testamentum etiam ad pias causas conditum assignauimus.

Et non obstat, mutum & surdum à natura, intellectu non carere; sunt enim, & non rari quidem, qui, etsi vtroque morbo laborent, perspicacis animi, ac iudicij sunt; ex quo videtur, quòd gerere posint contractus qui consensu perficiuntur, si eum signis pręstare posint: respondetur enim, illud animi iudicium, tametsi natura ipsa aliquando perspicax sit, & acutum, quo huiuscemodi homo pollet, adiutum non esse aliquo humani cõmercij experimento, quod ex auditu est, & ad cognitionem contractuum necessarium est; atque ideo celebrare non valet actum quem ignorat propter defectum organi obiectum intellectui repræsentantis, vt explicat Vant. de nullit. process. titul. de nullit. sentent. ex inhabilit. seu defect. mandat num. 25. Quod in matrimonio secus est; cuius substantialia, quia è natura ipsa sunt, naturali hominis intellectu faciliús apprehenduntur. Denique, non qualequale iudicium ad agendos contractus sufficit; vt constat ex supradictis; & qualequale septennes habent, nec tamen contractus celebrare possunt. Quarè, quanuis ego in d. l. 1. part. 1. §. 3. aliud agens incidenter scripserim, mutum & surdum, siue á casu, siue á natura; contractus omnes celebrare posse, rem maturiùs cogitanti, & ex proposito nunc agenti sententia ista verior mihi visa est in eo qui à natiuitate sua surdus & mutus est.

43. Et huic dandus erit á iudice curator pro administratione bonorũ illius, sicut & illi qui, etsi ex accidenti morbum hunc patitur, intelligere tamen nihil potest, aut intellectum signis exprimere nequit, iuxta l. seruo inuito

inuito §. si pupillo, in fin. ff. ad Trebell. tradit Gom. in l. 3. Taur. num. 16. & 1. tom. var. c. 6. num. 5. & tom. 2. c. 14. nu. 29. singularem tex. illum, & communem per eum sententiam, vbique dicens.

44. Si verò, aliquis post didiscitam humani commercij experientiam surdus & mutus effectus est, & consensum signis exprimere valet, contractus omnes celebrare potest, excepta stipulatione, ad quam verba requiruntur, vt per Gom. vbi sup. præsertim d. num. 29. & testari potest seruata forma nouæ Iustinian. constitutionis in l. discretis. C. qui testament. facer. poss. de quo diximus d. §. 3. Et an homini luxurioso curator sit dandus; & de muliere luxuriosè viuente, ad intellectum l & mulieri ff. de curator furios. & de vidua immoderatè bona sua expendente, ad intellectum Regiæ nostræ Ord. lib. 4. titul. final. diximus d. 3. part. l. 1. §. 2. Et an lusori, & guloso interdici bonis possit, agit Rip. in l. is cui bonis, num. 21. & 23. ff. de verbor. oblig. in illo cõtrarias refert opiniones; & in isto affirmatiuè, & indubitanter respondet, prodigum reputans qui gulæ modum nescit imponere. Ego peiorem prodigo, eum duco, cuius deus venter est, vt per Apostol. ad Philippens. 3.

CAP. SEPTIMI

SVMMARIA.

1. *Mulieres contractus omnes gerere possunt; & cùm alienam in se suscipiunt obligationem siue ex causa fideiussionis, siue alia, Velleiani senatusconsulti exceptione iuuantur; & ea etiam in foro conscientia vti possunt.*

2. *Velleiani exceptione quæ competit mulieri, vti potest fideiussor illius; &, quando exceptiones debitori principali competentes competant etiam fideiussori illius, traditur.*

3. *Qui mandato mulieris pro aliena intercessit obligatione apud creditorem hoc ignorantem, efficaciter illi obligatur. Et, an mandati iudicio conuenire possit mulierem, traditur.*

4. *Mutuans alicui de mandato mulieris, quando aduersùs eam experiri efficaciter possit, traditur. Item, quando mutuans mulieri, alij postea creditura.*

5. *Velleiani exceptio locum non habet, quando mulier pro dote mulieris alterius fideiussit, vel pro pecunia libertatis causa danda, & in casibus alijs qui remissiuè traduntur.*

6. *Refertur gloss. & communis sententia probans, mulierem Velleiani beneficio posse renuntiare. Et intelligitur quando certiorata de illo fuit. Et an in dubio certiorata præsumatur,* num. 7. *Et an si cum iuramento renuntiet.* nu. 8.

Mulier, de qua dicitur in instrumento quòd certiorata fuit de beneficio Velleiani, an petere possit, vt super hoc notarius interrogetur. d. nu. 8. *versicul. Sed de prædicta.*

9. *In quæstione, an mulier Velleiani beneficio renuntiare valeat, Bart sententia negatiua refertur, & probatur.*

10. *Respondetur ad tex. in l. final. §. final. ff. ad Velleian. & intelligitur in renuntiatione facta in iudicio à muliere post litem cum illa captam, vel in preparatorijs illius.*

11. *Mulier etiam aduersùs intercessionem post biennium iteratam, & repetitam iuuatur ex iure nostro, quod in hoc à communi deuiat.*

12. *Licitum est pactum de mercede aliqua recipienda fideiussionis causa.*

13. Mulier intercessionis suæ causa mercedem aliquam seu pretium recipiens, Velleiani auxilio iuuari non poteſt, secundũ ius commune, & antiquum noſtrum, quod lege noua abrogatum eſt in Ord. lib 4 titul. 61. §. final. cuius ratio aſsignatur.

14. Aduersùs præsumptionem iuris & de iure non admittitur probatio nisi per aduersæ partis confessionem. Et discutitur, an mulier aduersùs confessionem de receptione mercedis pro intercessione in instrumento contentam audiri debeat, valens probare contrarium. Et nu. 15.

16. & 17. Agitur de pretio seu valore rei pro qua mulier intercessit; & tribus relatis opinionibus, media eligitur, quæ Bald. fuit iudicis arbitrio hoc relinquens.

18. Mulier cum marito simul fideiubens, pro parte sua non tenetur, etiam ſtante iure noſtro Regio. Et respondetur ad Ord. lib. 4. tit. 60 in princ. nu. 19.

20. Traditur, quid operetur mulieris consensus marito præſtitus in alienam causam fideiubenti, ad ius noſtrum Regium.

21. Traditur, mulierem etiam aduersùs Principem, & fiscalia debita Velleiani beneficio frui, communi iure, & Regio noſtro, intellecta Ord. d. titul. 60 in princ.

22. Ex nouo Authent. iure pinguiùs prouidetur mulieri intercedenti pro marito, quàm pro extraneo.

23. Mulier propriam rem agens omnes contractus celebrare poteſt, etiam cum marito excepta donatione.

24 De more aliquarum gentium apud quas rerum externarum cura, & rei familiaris administratio mulieribus incumbit, vt apud Ægyptios.

25. De Castellæ, & Regnorum aliorum legibus prohibentibus, ne mulier absque mariti licentia contractum, aut quasi contractum vnde obligetur, agere possit. Quod apud nos consuetudine receptum eſt.

26. Consuetudinis, aut ſtatuti, ne mulier absque mariti consensu contractus gerere possit, duæ traduntur rationes; & poſterior, quæ maritalem respicit reuerentiam & obedientiam, magis probatur.

27. Traditur, in terminis prædicta consuetudinis, nec in casibus aliàs permissis posse mulierem inuito marito fideiubere.

28. Probatur, quòd nec de paraphernalibus possit mulier quicquam alienare absque marito, ex Regni consuetudine.

29. Traditur, in terminis consuetudinis noſtræ non poſse mulierem absque marito hæreditatem sibi delatam adire, repudiare verò poſse.

30. An mulier marito inuito eleemosynas facere poſsit.

31. Quando lex obligationi resiſtit, nec naturalis obligatio oritur ex contractu, quando verò non resiſtit, neque aſsiſtit, naturalis oritur, secundùm Bart. & communem.

32. Probatur, in terminis consuetudinis noſtræ mulierem inconsulto marito contrahentem naturaliter obligari.

33. Fideiuſsor interuenire poteſt pro muliere sinè marito contrahente, & efficaciter obligatur; contra mulierem verò quamuis pro ea soluat, nullam aliam quàm naturalem obligationem acquirit.

34. Mulier sinè mariti consensu contrahendo, apud nos in foro conscientiæ tenetur præſtare fidem; & qualiter hoc sit accipiendum, declaratur in versic. Ita verò.

35. Agitur, an sponsa liberè contrahere, & res suas alienare poſsit ante secutas nuptias, sinè consensu sponsi; & numer. sequentib. Et ponitur resolutio nu. 41. Vxoris appellatione, an & quando sponsa veniat. d. num. 35. & 38.

37. Consuetudo noſtra mariti consensum requirens in contractibus mulierum, fauorabilis eſt.

39. Sponsus compellere poteſt sponsam ad sponsaliorum fidem præſtandam etiam si sinè iuramento contracta fuiſsent.

40. Alienata à debitore conditionali in fraudem creditoris, exiſtente poſtea conditione reuocari poſſunt ab eo.

41. Resoluitur, quòd sponsa ante secutas nuptias liberè res suas alienare poteſt modò fraus absit, fraude verò interueniente, reuocare poterit maritus ex Prætoris edicto quo alienata in fraudem creditorum reuocantur.

42. Tractatur quæſtio de muliere coniugata cui aliquid datum, relictumue fuit ea conditione, vt ipsa, & non maritus, habeat administrationem illius. Et numer. sequentib. Resoluitur num. 45. & 46.

43. Conditio, aut modus, quæ, qui vè bonis moribus aduersatur, è teſtamento reijcitur. Idem in conditione, & modo impoſsibili.

Modus

Modus impossibilis de iure, aut facto, contractui adiectus vitiatur, conditio verò eiusmodi vitiat contractum d. nu 43 versic. Quod etiam.

44. *Modus qui solius legatarij, aut donatarij commodum importat, non est obligatorius, sed dispositio facta sub eo, vt pura iudicatur.*

45. & 46. *Modus aut conditio in re mulieri donata, aut legata, vt ipsius insolidùm sit, & non pertineat ad coniugalem bonorum communionem. nec maritus administrare eam possit, sed sola vxor, quando valeat Et nu. 47.*

48. *Proponitur, & discutitur quæstio de emphyteusi nominationis quam mulier habet, an ad eam marito inconsulto nominare possit, stante Regni consuetudine. Resoluitur cum casuum distinctione, nu. 49 & sequentib. An mulier ecclesiæ patrona possit ad eam præsentare absque marito, variant Doctor. Et traditur, diuersam esse causam præsentationis illius ac nominationis ad emphyteusim. d nu. 48.*

49. *Traditur, non posse mulierem sinè mariti consensu nominare ad emphyteusim per actũ inter viuos irreuocabiliter, licèt nominet cũ reseruatione vsusfructus. Et quid in monacho; ibi: & num. 51.*

50. *Mulier in testamento, & per actum inter viuos arbitrio suo reuocabilem nominare potest. Item. donationem causa mortis sinè mariti consensu facere potest.*

51. *Monachus sinè prælati consensu non potest nominare ad emphyteusim.*

52. *An consuetudo, aut statutum ne mulier absque mariti consensu contrahere possit, illo absente liget.*

53. *In terminis dictæ consuetudinis, contractus sinè mariti consensu à muliere vtiliter gestus valet.*

54. *Ponitur differentia inter contractum à muliere vtiliter gestum absente marito & gestum vtiliter cùm maritus non abest à loco in quo celebratur.*

55. *Mulier absque marito procuratorem ad contractum constituere non potest; & regulare est, vt quod quis per se facere non potest, per alium non possit.*

56. *Si maritus iniustè recuset præstare consensum vxori ad contrahendum, iudex aditus causa cognita supplere illum potest.*

57. *Mulier, quæ contrahere non potest absque mariti consensu, in iudicio quoque sinè ill agere nequit. Limitatur quando ille irrationabiliter est inuitus, in nu. sequenti.*

59. *Item, contra maritum ad inopiam vergentem agere potest illo inuito ad repetendam dotem; & repetitam ex hoc capite administrare potest, non tamen alienare.*

60. *Mulier absente marito in iudicio agere potest ex causa delicti in se commissi, vel contractus à se gesti, cùm periculum est in mora; & nec pro marito, nec pro alio de mariti consensu in iudicio esse potest.*

61. *Mulier ad negotia mandatum alterius suscipere potest absque mariti licentia, & gesta per eam valebunt; ipsa verò mandati iudicio non obligatur mandatori.*

CAP. SEPTIMVM.

De contractibus mulierum.

1. MVlierem omnes contractus gerere posse, & ex illis efficaciter obligari; pro certo est, præterquàm cùm alienam in se suscipit obligationem, aduersùs quam nota Velleiani Senatusconsulti exceptione adiuuatur. Quæ etiam in conscientiæ foro vti potest, secundùm Bart. sententiam in extrauagant. ad reprimendum, verb. denuntiationem, col. 2. num. 13. Abb. in c. quia plerique quęst. 8. num. 27. de immunitat. ecclesiar. Tiraq de legib. connubialib. gloss. 4 num. 16. Gom. 2. tom. cap. 13. num. 16 idem in l. 3. Taur. num. 124. Gutierr. de iurament. confirmat. 1. part. c. 20. num 5. Azeued. l. 9. num. 2. titul 3. lib. 5. nou. recopilat. Molin. de contractib. disput. 540. paulò post princip. & cum alijs ab eo citatis Sanchez de matrimon. tom. 1. lib. 4. disput 9. num. 14. versicul. Dixi consultò, post omnes Less. lib. 2. de iustit. c. 28. dubit. 2. num. 15. Rationem assignauimus sup. in articul. de filiofamil. circà princip. pro differentia inter Velleianum, & Macedonianum

Senatusconsultum in animæ iudicio. Et hoc quidem Senatusconsulto fragili muliebri sexui prouisum extat, siue illæ pro alijs fideiubeant, siue quolibet alio modo aliorum in se suscipiant obligationes. l. 2. §. final. ff. ad Senat. consult. Velleian. explicat Angel. in §. item si in iudicio, num. 19. instit. de except. quo in loco Velleiani exceptionem, ac materiam latè prosequitur.

2. Nec solùm mulieres quæ cōtra Senatusconsultum intercesserunt, sed & fideiussores earum, eiusdem Senatus auxilio adiuuantur restituta creditori actione aduersùs priorem debitorem. l. si mulier, in 3. § si ab ea muliere. l. quanuis §. interdum, versic. Sed etsi is. ff. eod. titul. ad Velleian. l. mulierem, cum leg. sequenti. C. eod. titul. Et generale est, vt exceptiones debitoribus principalibus competentes, illorum fideiussoribus quoque competant l. 1 §. quæ onerandæ, versicul. Exceptiones ff. quar. rer. act. non dat. l. defensiones. C. de except. idquè etiam debitore ipso principali inuito l. omnes. ff. de exceptionib. l. si stipulatus esses. l. ex persona ff. de fideiussorib. quod de exceptionibus illis intelligitur, quæ propter rem competunt, cuiusmodi est ista de qua agimus, quæ totam ab initio obligationem elidit d. l. si mulier §. si ab ea muliere, sunt enim quędam quæ debitoris personæ cohęrent, cuius intuitu datæ sunt, cuiusmodi est illa quæ marito, & certis alijs personis competit, ne conueniantur vltraquàm facere posſint; quæ, quia personales sunt, in fideiussores non transeunt l. exceptiones quæ personæ, in princip. ff. de exceptionib. l. etsi fideiussor ff. de re iudicat. l. verum, versicul. Videndum, ff. pro soc. prosequitur Barbos. agens de fideiussore mariti in l. maritum ex num. 81. versic. Secundò principaliter ff. solut. matrimon.

3. Constat, itaque, mulierem pro alio intercedentem, ac fideiussorem mulieris ipsius in causam alienæ obligationis susceptum efficaciter non obligari. Ex quo apparet, non esse obligatorium mandatum inter mulierem, & fideiussorem eius in casu isto celebratum; cùm fideiussor creditorem apud quem pro muliere intercessit, Senatusconsulti auxilio excludere rectè possit.

Quinimô, nec tali mandato mulier tenebitur etiam in casu quo fideiussor efficaciter creditori obligaretur; qui casus euenit cùm mulier mandat alicui, vt pro alio fideiubeat, & ille implens mandatum, apud creditorem hac de re ignarum intercedit; quo casu, fideiussor qui contemplatione & mandato mulieris intercessit, efficaciter obligatur l. si fideiussores l. final. §. si mulier 2. ff. ad Velleian. & tamen, si ob eam causam aduersùs mulierem mandati iudicio contendat, exceptione repelletur d. §. si mulier, vbi tex. expressus, & in l. quanquàm, in princip. eod. titul. Quod vltimum limitatur à gloss. sub dubio tamen, in d. §. si mulier, verb. excludendum, vt non procedat in casu quo mandatarius nesciuit, mulierem in alienam obligationem mandasse; tunc enim, inquit, fortè non iuuatur mulier, sequuntur ibi Bart. & Fulgos. iustam aliquam ignorantiæ causam in fideiussore exigentes, vt aduersùs mulierem iuuetur. Fortiter tamen huic sententię obstat tex. in d. l. quanquàm, vbi in prædicto casu, docet Papinian. fideiussorem nullam replicationem aduersùs mulierem habere, quia facti, inquit, non potest ignorantiam prætendere; ex qua Iurisconsulti ratione, iuncta leg. præcedente deprehenditur, eum, qui mulieris mandato, pro aliena obligatione apud creditorem huiusce

huiusce mandati ignarum intercesſit, nulla facti ignorantia poſſe excuſari, quò magis, à creditore exactus, contra mulierem actione mandati poſsit experiri.

Quarè, pro reſolutione difficultatis iſtius, quę nimis vrget contra gloſ. ſententiam, dicendum eſt, mandatarium fideiubentem in caſu prædicto, ſola facti ignorantia non poſſe iuuari aduersùs mulierem mandatricem, vt expreſsè probat tex. in d. l. quanquàm; & ratio eſt, quia in tali caſu nimis ſupina, nec tolerabilis eſſet facti proprij ignorãtia; quomodò enim ille ferendus eſt, qui prætendat, ſe neſciuiſſe, mulierem ſibi mandaſſe, vt pro aliena obligatione intercederet, ſi hoc ipſum mulieris mandatum, vt pro alterius obligatione intercederet, ſuſcepit, & adimpleuit? Ideo, talis facti ignorantia, quia tolerabilis non eſt, non permittitur allegari, iuxta d. l. quanquám, quæ ad hoc quotidie allegatur. Quòd ſi mandatarij ignorantia, mandatricis dolo cauſaretur, videlicet, quia mulier illi mandauit, vt pro alio intercederet, affirmans, in obligatione illa ſuammetipſius mulieris rem agi, & proprium commodum, aliena interpoſita perſona, tunc fideiuſſoris ignorantia, mulieris dolo inducta, aduersùs illam proderit; deceptis, namque, & non decipientibus opitulatur Senatuscõſultum. l. 2. verſicul. Sed ita demum, & ibi gloſſ. l. ſi decipiendi ff. ad Velleian. l. ſi finè, in fin. C. eod. l. in eo §. final. ff. de regul. iur. Et ita ſecundùm caſum iſtum accipienda & explicanda eſt gloſſ. ſententia in d. §. ſi mulier 2. quam ſic accepit Iacob. Butric. relatus á Fulgoſ. ibi; iuxta quem caſum intelligendus eſt etiam Bart. ibidem iuſtam aliquam ignorantiæ cauſam in fideiuſſore requirens, vt cõtra mulierem, cuius mãdato intercesſit, agere poſsit, iuſta, namque, ignorantiæ cauſa ſatis deprehenditur in illo, cuius ignorantia, doloſa mulieris perſuaſione cauſata proponitur.

4. Nec huic diſsimilis eſt caſus, cuius meminit Fulgoſ. in d. §. ſi mulier, ad intellectum tex. ibi, cùm mulier alicui mandat, vt mutuam pecuniam alteri credat, ſimulans, in mutuo proprium ſuum negotium geri & vtilitatem; is, namque, ſi, quia mulieris mandato obediuit, aduersùs illam agat, & illa Senatusconſulti exceptionem opponat, repellendus erit, niſi oppoſitam exceptionem doli replicatione elidat, mulierem falsò perſuaſiſſe, docens. Vbi verò mulier ipſa á creditore mutuaretur, alij poſtea creditura, ſi id creditor ignorauit, Senatusconſulto locus non erit l. ſi mulier tanquàm l. vir vxori, in verſicul. Nec id contrarium, ff. ad Velleian.

Conſtat, itaque, ex prædictis, mulierem quæ alteri mandat in alienam cauſam & vtilitatem, efficaciter non obligari; ideo, ſiue, fideiubere pro alio, mandet, ſiue mutuare, ſiue quodcunque aliud alienæ cauſæ & vtilitatis negotium mandet, nõ obligabitur ex mandato, quia, nempe, non poteſt ex mandato, ſicut nec ex alio contractu, aliorum in ſe ſuſcipere obligationẽ. l. 2. §. final. ff. ad Velleian. tradit Angel. d. §. item ſi in iudicio, num. 19. inſtit. de exceptionib.

5. Sunt tamen in iure caſus aliqui in quibus Velleiani remedium ceſſat, videlicet, ſi pro dote alterius mulieris mulier intercedat, ſi pro pecunia libertatis cauſa danda, in quibus, ſpecialis hoc dotis, & libertatis fauor obtinuit: vltra quos, alios enumerat gloſſ. in l. 1. ff. ad Velleian. & gloſſ. final. in l. final. C. eod. latè Angel. in d. §. item ſi in iudicio, num. 20. verſicul. Secundò principaliter, Ord. noſtra lib. 4. titul. 61. §. 1. cũ ſequentib.

Barboſ.

Barbos. in remission. ibid. cum citatis ab eo, & in Regno Castellæ. l. 3. titul. 12. partit. 5. & de muliere fideiubente cum iuramento est tex. in c. ex rescripto, de iureiurand. vbi gloss. penult. & Scribent. Cald. in commentar. de emption. & vendition. c. 30. nu. 10.

6. Inter eos verò plurimùm apud Scribentes ille controuertitur qui ad renuntiationem spectat, de quo citati à Barbos. Vimaranensi in remission. ad Ord. d. titul. 61. §. 9. quærunt enim, & controuertunt, an mulier præfato Velleiani auxilio renuntiare posit. In qua quæstione partem affirmatiuam amplectitur glossa nostra non raro, vt in d. l. 1. verb. ne pro vllo, & in l. final. §. final. verb. non vsuram, eod. titul. & in l. final. in gloss. final. C. eod. gloss. item final. in l. final. C. ad Senat. cons. Macedon. & in l. tamen si ff. eod. titul. eandem sententiam tenet gloss. magna in c. si diligenti, de for. competent. gloss. in c. non solent. 2. quæst. 6. verb. ab initio; defendit, & cōmunem esse, affirmat Fulgos. in d. l. final. §. final. num. 3. vbi inquit, quòd ita etiam omnis consuetudo seruat; quam etiam consuetudinem fatentur Bart. & Salyc. in d. §. final. communem tradit Dec. in l. si quis in conscribendo, nu. 30. C. de pact. Gregor. in l. 3. titul. 12. part. 5. verb. Renuntiando, vbi legem illam, sententiam hanc (quę Azon. fuit) expresśé sequentem, menti tenendam dicit, quia de iure communi nō erat lex quę hoc ita diceret, imó, inquit, quòd secundùm multos Doctor. de iure communi potiùs erat dicendum contrarium; eandem gloss. & communem sententiam, omissa disputatione, more suo, sequitur Gregor. Tholosan. syntagmat. iur. lib. 24. c. 3. num. 25. vbi refert, in Tholosana ciuitate Senatusconsulto Velleiano locum non esse inter ciues ex lege municipali, cuius ibi meminit, Quam communem, qui eam tenent, intelligunt, vt procedat cùm de Velleiani beneficio mulier certiorata est; aliâs enim emissa renuntiatio illi non nocebit; & ita sententiam illam recepit d. l. 3. in Regno Castellæ, & pro communi tradit Ias. in d. l. si quis in conscribendo, num. 19. versicul. Contra istam. C. de pact. latissimè Padilh. in l. ne passim, num. 7. cum tribus sequentib. C. de iur. & fact. ignorant. communem tradit, & sequitur Gail. obseruat. 77. num. 3. lib. 2. verius & receptius dixit Matienz. in l. 9. titul. 3. lib. 5. nou. recopil. sub gloss. 1. num. 3. in fin. vbi Azeued. num. 11. & 13. communem ex alijs tradit Zeuall. practic. commun. contra comm. lib. 2. quæst. 515. num. 1.

7. Quærit verò gloss. in d. l. final. §. final. an, si renuntiet, in dubio certiorata pręsumatur; & tenet quòd non; de quo dubitat Fulgos. ibi nu. 5. testatus tamen, quòd hęc est frequens & celebris Doctor. sententia, consuetudine etiam comprobata; & illam sequuntur ibi Dyn. & Salyc. tradunt Gloss. Dyn. Bart. & cōmuniter Scrib. in l. sciendum. ff. de verbor. obligat. secundùm Angel. Aret. in d. §. item si in iudicio, num. 20. versicul. Circá hoc quęritur, Felin. in d. c. si diligenti, nu. 14. versic. In dubio non præsumitur, de for. compet. vbi ait, ita omnes ibid. tenere. Quinimò, etsi in instrumento fideiussionis scriptum sit, quòd mulier à notario certiorata fuit, nec certiorationis forma sit expressa, adhuc dubitatur, an pro certioratione præsumi debeat; vt constat ex citatis à Zeuall. d. quæst. 515. nu. 2.

8. Quæritur item per Doctor. in d. l. sciendū, Quid si renuntiet, & iuret, nec de certioratione constet? In qua quæstione contra mulierem tenet Bart. Dyn. econtrà, de quo per Felin. & Angel. vbi sup. quorum posterior

posterior Bart. sententiam, in practica fore seruandam, monet; communem tradit, & sequitur Couar. in cap. quanuis pactum. 2. part. §. 3. numer. 4. versicul. Septima conclusio, Gutierr. de iuramen t. confirmat. 1. part. c. 20. num. 2. vbi idem probat, etsi mulier fideiussionis contractum iuret absque Velleiani renuntiatione, communes in hoc inuicem contrarias adducens. Et stante negatiua, quæ, vltra iuramentum, renuntiationem exceptionis requirit, an adhuc necesse sit, mulierem de beneficio, cui renuntiat, certiorari, latè agit Matien. d. l. 9. glo. 1. â nu. 5. Molin. de contractib. disput. 540. num. 13. Zeuall. d. quæst. 515. nu. 6. & sequenti, Thom. Sanch. de matrimon. tom. 1. lib. 1. disput. 9. num. 15. versicul. Si autem mulier, vbi, etsi cōmunem sententiam pro parte negatiua referat, vtramque tamē esse probabilem, ait, & in foro conscientiæ posse teneri.

Sed de prædicta Bart. sententia dubitat Salyc. in d. l. final. §. final. num. 5. & tandem cogitandum relinquit. Et in fin. pro cōplemento articuli addit, quòd si mulier, de qua in instrumento dicitur, quòd à notario de Velleiani beneficio, cui renuntiauit, certiorata fuit, id abnegans, postulet, vt notarius interrogetur de Velleiani beneficio quale sit, & quibus verbis ipsam de illo certiorauit, audienda erit, & notarius super hoc interrogādus, exemplo testis qui interrogatur, vt dictum suum declaret, iuxta Auth. de testib. §. penult. collat. 7. cum ibi notat. & in c. cùm clamor, extr. de testib. &, si nesciat ad interrogata respondere, nō nocebit mulieri asserta in instrumento certioratio, idem tradit Felin. in d. c. si diligenti, nu. 14. in fin. & communem refert Zeuall. d. quæst. 515. num. 4. ex Cagnol. in l. si librarius, nu. 37. ff. de regul. iur. quod se sæpius pro mulieribus obtinuisse, testatur Alber. vt refert Fulgos. in d. l. final. §. final. circà fin. vbi, hoc bene notandum, scripsit, periculosum tamen affirmat, cùm secunda tabellionis assertio non debeat illi præiudicare, cui, ex priori in instrumento cōtenta ius iam quæsitum fuerat; ideo non videtur, illi credendum in secunda, & falsi crimē incurrit, vt in teste dicitur in l. eos. ff. ad leg. Cornel. de fals.

9. Sed his omissis, redeundo ad principalem quæstionem de validitate renuntiationis, contra gloss. tenuit Bart. in d. l. final. §. final. probans, renuntiationem à muliere factam non valere, nec illi præiudicio fore, quôminus Velleiani exceptione vti possit; quod tamen intelligit prǽterquàm si renuntiatio in iudicio facta proponatur, sic accipiens tex. ibi; & sequuntur alij ibid. eandem sententiam tenet Bart. in l. final. C. ad Velleian. & multi alij, vt scripsit Greg. d. l. 3. titul. 12. part. 5. verb. Renuntiando, sequitur Dec. tametsi contrariam communem esse, fateatur d. l. si quis in conscribendo, num. 30. C. de pact. Felin. in d. c. si diligenti, num. 14. in princip. Gom. 2. tom. c. 13. num. 17. vbi hanc sententiam vt communem inculcat, communem etiam tradunt alij citati â Matienz. d. l. 9. gloss. 1. num. 3. & eam approbat Ord. nostra d. lib. 4. titul. 61. §. 9. idquè etiam si in iudicio renuntiet; in quo à Bart. ac Sequacibus deuiat; sicut & Felin. loco proximè citato, qui tenet, nec in iudicio factam renuntiationem valere. Et quidem, posterior hæc sententia optima nititur ratione, quæ consistit in fragilitate mulieris, cui vt succurreretur, Senatuscōsulti Velleiani beneficio prouisum fuit; quis ergo non videt, eandem fragilis sexus rationem in renuntiatione reperiri, quæ in intercessione, cùm, qua facilitate mulier ad sim-

ſimpliciter intercedendum mouetur, ad intercedendum cum renuntiatione moueatur?

10. Nec huic ſententię obſtat tex. in d. l. final. §. final. ff. ad Velleian. quem Bart. intelligit, & qui illum ſequuntur, in renuntiatione beneficij in iudicio facta; etenim, diſtinguendū erit inter renuntiationem á muliere factam ſiue extra iudicium, ſiue in iudicio, antequàm lis ſuper interceſsione cum illa moueatur, aut moueri præparetur; & renuntiationem quæ fit à muliere iudicio iam cum illa cæpto, aut in præparatorijs illius; & primo caſu renuntiatio non oberit, quòminus, lite poſtea mota, exceptione vti poſsit ex ratione de qua ſup. in caſu iſto militante; ſecundo verò caſu mulier excludetur, quaſì, nō tam ſexus facilitate, quàm iuſta aliqua de cauſa ad renuntiandum beneficium mota credatur; cùm, quo tempore renuntiat, interceſsionis ſuæ periculum, & damnum præ foribus adeſt, ac, iam ſibi imminere, cernit; vnde contra id quod videt, & palpat, ſexus fragilitatem prætendere nequit; ſecus illa, quæ, cùm renuntiat, futurum interceſsionis ſuæ damnum non ſentit, nec propter fragilitatem iudicij animo præſentit. Iuxta quam diſtinctionem intelligitur planè tex. in d. § final. in poſteriore caſu, ad quem verba illius pertinent.

11. Adeò veró lex noſtra Regia fragili muliebri ſexui prouidere intendit, vt nec, ex iterata, ac ſæpius repetita interceſsione poſt biennium, mulierem arctet lib. 4. titul. 61. §. final. In quo prouiſum extat mulieribus lege Regia contra iuris communis diſpoſitionem in l. ſi mulier 2. C. ad Velleian.

12. Alius eſt item caſus, in quo aduersùs expreſſam iuris communis diſpoſitionem de qua in l. antiquæ, C. ad Velleian. mulieribus prouidetur Ord. noſtra in d. §. final. cùm, nempe, interceſsionis ſuæ pretium mulier recipit, quo non obſtante, illam beneficio Velleiani iuuare debere, apud nos deciſum extat d. §. final. Et quidem caſus hic Ord. noua prouiſus fuit, vetus enim eod. lib. 4. titul. 12. §. 3. cùm iure communi conueniebat. Ego verò recentiores Legislatores noſtros in hoc laudo qui præuia deliberatione ac matura deciſione captionibus multis obuiauerunt, quarum obuiandarum cauſa ita decreuerunt, & non, quasì illicitum reputaſſent, interceſſionis mercedem paciſci, & recipere, id, namque, licitum cuilibet eſt, vt notat Bald. per tex. ibi in d. l. antiquę, de quo etiam eſt tex. in l. ſi remunerandi § Marius. ff. mandat. l. hoc iure. § 1. ff. de donat. & ibi Bart. Paul. & alij, quorum opinionem communem eſſe, pluribus citatis tradunt Couar. libr. 3. var. c. 2. nu. 6. Cald. in l. ſi curatorem, verb. ſua facilitate, num. 3. col. 2. ad fin. C. de in integr. reſtit. minor. vbi tamē num. 96. ab illa diſſentit; ſed melioribus nixus fundamentis eam tuetur Valaſc. conſul. 18. num. 2. tom. 1. vbi communem ſententiam indubitanter tenendam affirmat, quam poſt eos probat, communemquè Iuriſconſultorum, Canoniſtarum, & Theologorum eſſe affirmat Ioan. Azor Theologus, & Iuriſta pręclarus è Societate IESV, inſtitut. moral. lib. 11. c. vnic. de contractu fideiuſsionis, dub. 5. tom. 3. & dub. ſequenti idem tenet cum citatis ab eo, etiam in caſu quo fideiuſſor nullum ſubeat iacturæ periculum, nec moleſtiam aliquam patiatur fideiuſſionis cauſa; vltra quos etiam in caſu iſto idem probat Rebell. de obligat. lib. 16. quæſt. vnic. de fideiuſsione nu. 4. 2. part.

13. Secundùm quam communem ſententiam procedit quod traditum extat

extat in d.l.antiquæ, mulieremquę aliquid intercessionis suæ causa recepit, non debere gaudere Velleiani beneficio; quod & Ord. nostra vetus probauerat d.titul.12. §.3. nusquam probatura si in eiusmodi pacto, & receptione verteretur vsura. Quia verò hæc mercedis receptio, ac mulieris de illa confessio multis subiacebat periculis, dum mulier quod palam recipiebat, vel coram testibus in instrumento recepisse fatebatur, vel verè non recipiebat, vel simulatè recipiebat, postea restitutura, sicquè eueniebat, vt facilè fraus legi committeretur, quia, qua facilitate mulier ad intercessionem accedebat, eadem ad simulatam hanc receptionem, & confessionem prosiliret, quod excrescens temporis malitia edocebat, cautè satis & prudenter recentiores nostri Legumlatores his simulationibus & captionibus occurrentes, fragiliquè sexui meliùs consulentes, antiqua leg. abrogata, & omissa iuris communis dispositione statuerunt in d.titul. 61. §. final. vt, etsi mulier pretium aut rem aliquam intercessionis suæ causa recepisset, iuuari nihilóminus posset Velleiani auxilio. Hoc verô casu, id quod recepit, reddere tenebitur tanquàm ob causam datum causa non secuta.

14. Qua stante Ord. cessant apud nos hodie controuersiæ quæ circà d.l.antiquæ, excitari solent, cuiusmodi est, an mulier aduersùs confessionem suam de pretij receptione factam in instrumento publico tribus testibus consignato, iuxta tex. ibi in versicul. Sed etsi, admitti debeat contrarium probare intendens? In qua quæstione gloss. ibi verb. esse credendum, respondet, non debere admitti, quia talis confessio parit præsumptionem iuris & de iure, contra quam non admittitur probatio præterquàm si fiat per aduersę partis confessionem, vt tradit Bart. in l.Iulianus verum debitorem, num. 2. ff. de condict. indebit. Doctor. in Auth. sed iam necesse. C. de donat. ante nupt. Felin. in cap. quoniam contra. 14. col. extr. de probat. qua ratione, gloss. sententiam in d.l. antiquæ, sequitur ibi Bald. in versicul. Tertiò quæro, & tenent communiter Doctor. ex Salyc. ibid. in versicul. Circà quod quæritur, Angel. Aret. in §. item si in iudicio, num. 20. versicul. Quattus casus, institut. de exceptionib. aiunt enim, quòd lex illa non pręsumit simpliciter, sed vlterius super præsumpto statuit, & disponit, ex quo noscitur præsumptio, esse iuris & de iure, vt in l. final. in fin. C. ad Macedon. l. final. C. arbitr. tutel.

Ego quidem fateor, graue nimis esse, mulierem contra propriam confessionem in instrumento contentam audiri, testimonioquè proprio resistere, velle l. generaliter. C. de non numer. pecun. Ideoquè pleniorem probationem ab ea exigi debere; quam tamen si producere contendat, & per idoneos testes ostendere parata sit, pretium in instrumento confessatum se non recepisse, repellendam non fore, arbitror; mulier enim quę per legitimas probationes docere nititur, pretium à se confessatum se non accepisse, nihil aliud contendit, quàm ostendere, instrumentum simulationis morbo laborare, illoquè fraudem factam legi fuisse; contra quam, durum nimis esset, mulierem non audiri, quanuis grauiori probationum onere constringi debeat, iuxta quorundam sententiam vltimo loco relatam á gloss. d. verb. esse credendum.

N 15. Nec

15. Nec huic sententiæ obstat d. l. antiquæ, in dict. versicul. Sed etsi, fatemur enim, ab Imperatore statui ibi, ac declarari, mulieris confessionem in forma de qua ibi de pretij receptione, legitimam causare probationem, erat autem dubitandi ratio, quia, qua facilitate mulier intercederet, fateretur vtique, se pretium seu mercedem intercessionis suę recepisse, atque ideo, non videbatur confessio illius sufficiens ad legitimam probationem causandam; cui, nihilominus, omnino esse credendum, statuit Imperat. non tamen abnegans, legitimas ac rei idoneas probationes in contrarium admitti debere; quemadmodum vbi diuina, & humana lege cautum reperitur, in vnoquoque negotio duorum testimonio plenè esse credendũ, non prohibetur facultas contrariæ probationis.

16. Quæritur etiam per Doctor. in d. l. antiquæ, an sufficiat, quodlibet pretium, siue rem parui valoris dare mulieri in causam magnam fideiubenti? In qua quæstione Salyc. ibi in versicul. Quæro secundò, tres opiniones adducit, primam Cyni, & Antiquorum, qui existimauerunt, legi non satisfieri cuiusuis pretij, aut rei datione, sed rem quæ datur, æquiualere debere quantitati pro qua mulier intercedit. Quæ sententia apertè falsa est, vt ostendit Salyc. ibi, qui contrariam ex diametro tenet, nempe, vt tex. intelligatur, & procedat quouis pretio, aut re qualibet etiam valoris exigui mulieri data vt intercedat aliàs non intercessura. Mouetur primò verbo illo, *aliquid*, de quo in tex. ibi, *aliquid accipiens vt se se interponat*, quod verbum, *aliquid*, etiam in nummo vno exemplificatur. Secundò mouetur, quia mulier, quæ exiguo contenta, pro magna quantitate intercedit, videtur, Velleiani Senatusconsulti prouisionem paruipendere, velleque renuntiare beneficio illius, & in eius opprobrium re minima accepta ad intercessionem accedere; idcircò, inquit, non debet iuuari auxilio legis quam contempsit, argum. l. auxilium. ff. de minorib.

Sed hæc quoque opinio displicet, quia per illam beneficium muliebris fragilitatis causa inductum, ac legis prouisio facillimè eluderetur. Nec obstat verbum, *aliquid*, quod in Salycet. sententiam aliquos ex Nostris aliquando mouit, quorum meminit Gam. decis. 121. numer. 1. quia, etsi pretium quodlibet, ac rem paruæ æstimationis proprio significatu cõprehendat, tamen non ita latè accipiendum est quando subiecta materia aliud præcipit, sed sensu potiùs, ad materiam circá quam scriptum est, idoneo accipi debet, prout verba legis accipi solent, iuxta. l. si vno, l. si in lege. ff. locat. l. insulam. ff. de præscript. verb. porrò, quis non videt, alienum longè esse à subiecta materia d. l. antiquæ, vt verbum, *aliquid*, de quo ibi, de nummo vno, aut re minima intelligatur, cùm, intellectu hoc stante, lex ipsa, ac prouisio illius de facili eludi posset. Ratio verò à Salycet. scripta facilè conuincitur, si consideretur, quòd aut mulier etiam absque parua illa mercede intercessura erat, & tunc, illa non obstante, legis auxilium implorare poterit, vt Salycet. ipse præsupponit in versicul. Mihi videtur; aut aliàs non erat intercessura, quo casu loquitur Salycet. & tunc, indubitanter apparet, non in opprobrium, & delusionem legis, mulierem re parua accepta intercessisse, sed potiùs re illa

re illa allectam, & commotam, cuiusuis valoris, & qualitatis illa sit, hoc fecisse; ex quo apparebit, fragilitati sexus id tribui debere, idcircóquè Senatusconsulti iuuamen illi non fore negandum.

17. Tertia igitur opinio media inter præcedentes fuit Bald. in dict.l. antiquæ, tradentis, præmium fideiussionis de quo ibi, tale esse debere, vt eo homo discretus tali intercessione se se obligasset, tunc enim, quia non ex fragilitate, sed ex vtilitate propria, mulier, intercessisse, videbitur, Velleiano locus non erit, aliâs secus; quod ad iudicis cognitionem remitti debebit, argument. l. si ita quis promiserit. §. Seia, in fin. ff. de verbor. obligat. cum communi sententia quæ iudicis arbitrio relinquit quando causa dicatur parua, aut magna, vt per Bart. & alios in Auth. nisi breuiores, C. de sentent. ex pericul. recitand. Ias in l. imperium, num. 32. ff. de iurisdict. omn. iud. Decernet hoc autem iudex considerata qualitate personæ pro qua mulier intercesit, & rei ob quam intercesit, & causæ in quam intercesit; sicquè omnibus bene consideratis perpendet prudens iudex, an pro tali præmio, tali obligationi se se interposuisset homo discretus, an non, vt inde iudicet, an mulier Velleiani beneficio frui debeat nec ne, iuxta Bald. sententiam, quam dimissis alijs sequitur Angel. in d. §. item si in iudicio num. 20. versicul. Quartus casus, Gregor. in l. 3. titul. 12. part. 5. verb. Recibiesse precio, in fin. vbi communiorem dixit, quam etiam secutus est noster Gam. d. decis. 121. num. 2. in fin. & eius Additionator ibi, Afflict. in cap. 1. num. 21. versicul. Item habet arbitrium declarandi, ex quib. caus. feud. amittat. & illo solo citato Menoch. de arbitr. lib. 2. casu 234. in fin.

18. Quia verò Velleiani auxilium non tantùm viduis, & innuptis, sed coniugatis etiam mulieribus iure competit. l. 2. §. final. ff. illo titul. l. si vxor. C. eod. cum alijs, quod ius per leges nostras correctum non reperitur, nec in dubio legum correctio est inducenda, infertur, quòd stante iure nostro, quo generalis bonorum societas & communicatio inter coniuges inducta est, quando aliter non contraxerunt, si vxor viro pro alio fideiubenti in ipso fideiussionis instrumento assentiat, se sequè pariter obliget cum marito, non tenebit fideiussio quod ad mulierem attinet, nec pro parte bonorum communium quę ad illam pertinet, ita vt, si fideiussio pro mille aureis ab ambobus facta sit, non teneat in quingentis quę ad partem mulieris spectant; sed &, si ille in solidùm pro tota summa se obligauit, & in aceruo communi non inueniatur vnde tota solui posit ex parte mariti, dimidiam suam liberabit vxor, etsi marito in alienam causam fideiubenti assensisset: & hæc quidem attento iure communi securè procedunt, & secundùm communem sententiam quam tradit Gom. in l. 61. Taur. nu. 3. Matienz. l. 9. titul. 3. lib. 5. recopilat. sub gloss. 3. num. 1. Florez ad Gam. decis. 131. Quod ius, cùm iure nostro correctum non inueniamus in coniugatis, iure quoque nostro probandum erit, vt probat Gam. d. decis. 131. &, licét alij contradixerunt, non semel in Senatu nostro ex crebriore Senatorum placito iudicatum fuisse, refert, subscribit Barbos. in l. 1. 3. part. num. 60. ff. solut. matrimon. alter Barbos. in remission. ad Ord. Reg. libro quarto, titul. 60. in princip. numero secundo.

19. Mouebat autem difficulta-

tem quæ alios in contrariam sententiam trahebat Ord. Regia in antiquis libr. 4. titul. 13. in princip. hodie eod. lib. titul. 60 in princip. quæ ait, quód, si maritus absque vxoris suæ consensu pro alio fideiusserit, pars bonorum ad illam pertinens fideiussione non obligabitur, vnde sumebant argumentum á contrario sensu ad obligationem quoque pro parte mulieris, quando illa viro fideiubenti consenserit; quod tamen argumentum non obtinuit in Senatu, quia legum correctio resultabat ex eo, quo casu non admittitur in iure argumentum á contrario sensu l. 2. cum ibi notat. C. de condit. insert. tradit Gam. d. decis. 131. prope fin. aliter respondet Barbos. d. num. 60. mulieris tamen partem tametsi viro pro alio fideiubenti assensisset, Velleiani exceptione opposita semper saluans.

20. Mouet etiam contra sententiam istam difficultatem non contemnendam communis vsus, quo passim videmus, mulieres proprio cōsensu interuenire in scripturis fideiussionum á maritis subscriptis, adeò vt á iudicibus nostris sæpe refutentur quæ carent vxoris consensu, vnde conijci potuit, vxoris consensum ad hoc interuenire, vt & pro parte illius fideiussio teneat, quæ sinè illo pro parte mariti valida esset. Cęterùm, vt difficultas hæc cesset, considerandum est, secundùm ius nostrum, nulla ex parte posse maritum immobilia alienare, aut quouis titulo obligare absq; vxoris consensu expressim præstito, ex Ord. lib. 4. titul. 48. quæ etsi alienationis verbo vtatur, verbum hoc ad pignoris etiam nexum, & rerum obligationes pertinet. l. final. C. de reb. alien. non alienand. quam ad ius nostrum Regium expendit Pinel. in l. 1. 3. part. num. 19. C. de bon. matern. & ita per antiquos Senatores iudicatum fuisse, testatur Gam. decis. 108. num. 2. Vnde, si maritus fideiubeat, & immobilia bona fideiussioni subijciat absque vxoris consensu, fideiussio quidem tenebit, personamquè mariti, ac res mobiles pro parte illius obligabit, immobiles verò nulla ex parte nexu pignoris tenebantur. Hoc ergo mulieris consensus operabitur in intercessione mariti cum rerum obligatione, vt in immobilibus teneat obligatio pro parte tantùm quæ pertinet ad illum, in qua non teneret sinè consensu vxoris propter prohibitam immobilium alienationem absque illo in Ord. d. titul. 48. Quod ita ad ius nostrum obseruabam, tametsi videam, insignes Lusitaniæ nostræ viros, Gam. scilicet. d. decis. 108. prope fin. & post eum Barbos. d. l. 1. 3. part. num. 59. contrario sensu leg. Regiam interpretari, tenentes immobilia pro parte mariti, nexu pignoris teneri in fideiussione ab illo absque vxoris consensu facta, per Ord. d. lib. quarto, titul. 13. in princip. in antiquis, hodie lib. eod. d. titul. 60. in princip. quam sic intelligunt.

21. Supradicta verò limitantur per leg. Regiam d. titul. 60. in princip. versicul. E isto, vt non procedant in intercessione mariti pro Regalium iurium conductoribus, quo casu statuit lex, vt intercedente marito sinè consensu vxoris, mobilia omnia intercessione obligata maneant, & immobilia pro parte mariti. Circà quod animaduertendum est, leg. hanc, mulieris intercessionem pro debitis Regalibus, & conductionibus non approbare, nec enim loquitur, quando mulier intercedit, aut viro intercedenti quasì correa assentit, sed quando ille coniuge inconsulta intercedit; atque ideo, cúm

ideo, cùm de intercessione mulieris non loquatur, in illa ius commune seruabitur, secundùm quod princeps, & fiscus nullum sibi in hoc vendicant priuilegium, sed vti potest mulier Velleiani beneficio, vt contra priuata debita, Auth. si qua mulier, ibi, *Siue priuatum, siue publicum sit debitum.* C. ad Velleian. & in corpore vnde sumitur, & ibi notant cõmuniter Doctor. vt tradunt Gom. d.l.61. Taur. num. final. Matien. d.l.9. titul.3. libr.5. in gloss. final. quæ leges Castellæ à iure communi deuiant, vt illi obseruant; nostra verò, quia de intercessione mulieris non loquitur, sola, aut cum marito simultanea, non erit ad illam extendenda, nec, vltra casum in quo loquitur, cum iuris correctione lex amplianda erit, iuxta vulgares traditiones.

Ex quo singulariter infero ad Ord. d. titul 60. quòd, si mulier assentiat marito pro conductore Regalium redituum intercedenti, seu quasi correa simul intercedat, dimidia pars immobilium ad illam pertinens non obligabitur, sed solùm mariti pars, & mobilia omnia, prout euenit, cùm sinè vxore maritus fideiubet, qui est casus leg. d. titul. 60. in quo, & non vltra, accipi debet. Atque ita apparet, ad intercessionem mariti pro debitis Regalibus vxoris consensum inaniter adhiberi.

22. Illud verò notandum est, pinguius remedium mulieri competere pro marito intercedenti, quàm pro extraneo; cùm enim, pro extraneo intercedit, exceptione vti, necesse est; sed cùm pro marito intercedit, ipso iure obligatio non tenet, nisi manifestè probetur, in mulieris vtilitatem rem versam fuisse. Quod nouo Auth. iure prouisum fuit, Auth. si qua mulier C. ad Velleian. & in corpore vnde sumitur, iuncta gloss. ibi, secundùm quam ratio est; quia faciliùs mulier pro marito intercederet, quàm pro extraneo; idcircò cautiùs prouidendum fuit, vbi maius vertebatur periculum. Et ratio hęc securior est, quàm alia quam pungit gloss. de prohibita donatione inter coniuges; secundùm eam, namque, nec maritus pro vxore intercedere posset; quod iure prohibitum non reperitur. Præterea, ratio ista etiam antiquo iure locum sibi vendicabat, & tamen iure illo, nulla differentia erat inter mulieris intercessionem pro marito, aut pro extraneo, l.2. §. final. ff. ad Velleian. prior ergo ratio verior est. Ex quo, quæ circà Velleiani beneficij renuntiationem, à Doctoribus probantur, locum non habebunt in intercessione mulieris pro marito, vt tradit Bart. in l. final. C. illo titul. Bald. in l.1. C. eod. Gregor. l. 3. titul.12. part. 5. verb. Renuntiando, Gom. d.l.61. Taur. numer.2. Matien. d.l.9 gloss. 1. num. final. vbi tamen limitat Azeued num.9. vt non procedat adhibito mulieris iuramento; ad quod communem sententiam; & Doctores allegat, quos sequitur Gutierr. contra gloss. 1. in d. Auth. si qua mulier, de iurament. confirmat. 1. part. cap. 55. num. 6. versicul. Sed contrarium, de quo latè Zeuall. practic. commun. contra commun. quæst. 900. tom. 4.

23. Et hæc de muliere pro aliena obligatione intercedente. Cùm verò proprium negotium gerit, contractus omnes celebrare vtiliter potest non solùm innupta sui iuris mulier, sed & coniugata. l. velles, & ibi Scrib. C. de reuoc. donat. tradit Tiraq. post leg. connubial. gloss. 8. num. 5. Adeò vt & cum marito ipso contractus omnes gerere possit excepta donationis causa. l, si sponsus, versicul. Circà ven-

ditionem ff. de don. inter vir. & vxor. tradit Azeued. in l. 2. titul. 3. lib. 5. nou. recopilat. num. 2. in fin. & sequenti.

24. Meminit verò Tiraq. leg. 10. connubial. nu. 5. aliquarum gentium, apud quas mulieres non solùm res suas sinè maritis administrant, sed & maritorum res, & externa omnia negotia gerunt & forensia, & viri domestica; quod de solis Ægyptijs narrat Herodot. in Euterpe; quorum mulieres, vt ille ait, negotiantur, cauponanturquè, & institorijs operis vacant, viri autem intra domos texunt. Cuius rei originem ad exitum Israel de Ægypto quidam referunt, causamquè fuisse, memorãt, subsecutam inde virorum inopiam, propter quã, generosis fœminis permissum fuit, ignobilibus copulari matrimonialiter, ea lege apposita, vt mulieres ipsæ bonorum administrationem haberẽt, non mariti. Quę lex adhuc apud illos est in viridi obseruantia, vt refert Mesia in suo nobiliario lib. 2. cap. 6. &, qui illum retulit, Addit. ad Palat. in repet. rubr. de donat. inter vir. & vxor. §. 32. num. 4. ante fin. Sed nimirùm si sic apud Ægyptios obseruetur, qui pleraque omnia â cæteris hominibus diuersa constituerunt & instituta, & iura, authore Herod. in loco citato aliam huic rei rationem ascribente. Cæterùm apud populos politicè viuentes, viri foris negotiantur, & mulieres domesticis curis incumbunt, de quo per Tiraq. d. leg. decim. ex num. 1. illis tamen res suas administrandi facultas competit, & quanuis vxoratæ sint, sinè consensu maritorum contrahere, & res suas, quæ extra dotem sunt alienare possunt secundùm ius commune, vt diximus.

25. Sunt tamen loca aliquot, & Regna in quibus statutum, aut consuetudo est, quòd mulier coniugata, sinè mariti licentia contractum nullũ gerere possit, nec quasi contractum, vt refert ex alijs Tiraq. d. gloss. octaua, numer. 4. & in Regno Castellæ de hoc sunt l. 1. & 2. titul. 3. libr. 5. nouæ recopilat. & l. 54. Taur. cum sequẽtib. vbi per Scrib. de materia latè, & per bene eruditum virum Roderic. Suar. in l. 13. fori lib. 3. titul. de las deudas, & per eundẽ in l. 9. titul. de los pleytos, num. 37. Couar. de sponsalib. 2. part. cap. 7 §. 1. Matien. d. l. 2. titul. 3. gloss. 1. cum sequentib. lib. 5. recopilat. latissimè Barbos. in l. 1. 1. part. ex num. 27. ff. solut. matrimon. Nos veró legem de hoc non habemus, sed secundùm inueteratam, & receptissimam Regni consuetudinem vxor absque marito contractum, aut quasì contractum vnde obligetur, gerere nequit, nec de bonis aliquid alienare, quia bonorum administratio constante matrimonio penes maritum residet; ita tamen vt immobilia ille sinè vxoris consensu distrahere nequeat ex Ord. lib. 4. tit. 48. Adeò, vt nec filiæ suæ dotem possit mulier constituere sinè consensu mariti, vt probat, & iudicatum fuisse, testatur Phęb. noster decis. 88. num. 5. & 10.

26. Ad quam consuetudinem, seu simile statutum, duplex assignari ratio solet, vna, ne præiudicium fiat marito in mala mulieris administratione; quam probat Matienz. cum citatis ab eo l. 1. gloss. 1. d. titul. 3. & in l. sequenti, gloss. 1. in princip. Cald. de emphyteus. 4 part. c. 12. num. 7. Azeu. d. l. 1. titul. 3. lib. 5. num. 4. prope fin. vbi dixit, hanc esse veram rationem ad leg. illam, & sequentem, vt omnes ibi fatentur. Altera generalior est, quæ debitã ab vxore marito reuerentiam, & obedientiam concernit, de qua Tiraq. d gloss. 8. num. 1. cum duob. sequentib. Couar. de sponsal. 2. part. c. 7. §. 1. num. 1. Gom. l. 54. Taur. num. 1. Barbos. d. l. 1. part. 1. num. 32. Quam ratio-

rationem, ad consuetudinem prædictam, aut statutum, potiorem iudico; nam prior, in terminis iuris communis euincit, non posse mulierem administrare, quando ius non patitur, vt per eam damnum marito inferatur, qui ex hac causa & ratione, dotalium bonorum administrationem habet. l. doce ancillam. C. de rei vendicat. quã tamen non habet in bonis vxoris extra causam dotis constitutis, in quibus quia nullum ius habet, nullum potest subire detrimentum ex administratione vxoris, quam in illis habet. l. velles. C. de reuocand. donat. Si ergo nulla alia ratione mulier sinè viri licentia contrahere prohibetur, quàm ne illi damnum inferat, videtur, quod consuetudo prędicta, aut statutum, ad ius commune nihil addat, aut corrigat, cùm & secundùm illud mulier sinè viro contrahere nequit circà ea, in quibus ille ius habet, cuius detrimentum pati posʃit propter mulieris administrationem.

Quarè, ad consuetudinem prædictam, aut simile statutum, vt generalior, ita potior, & fundamentalior censenda est ratio, quæ maritalem respicit reuerentiam, & obedientiam quam circà se & sua illi debet vxor, vt Genes. 3. & per Apostol. 1. ad Corint. cap. 11. & ad Ephes. 5. vbi, *Mulieres*, inquit, *viris suis subditæ sint, sicut Domino; quoniam vir caput est mulieris*; & paulò post, *Sicut Ecclesia subiecta est Christo, ita & mulieres viris suis in omnibus*. Notandum est verbum illud, *in omnibus*, quo in rebus omnibus subiectio & obedientia mulieris ad virum commendatur, & præcipitur; sicut, & verbo, *semper*, de quo in c. fæminæ. 30. quęst. 5. ibi, *vt se nouerint semper maritis suis subditas esse, & humiles*. Sunt in propositum pulchra D. Augustini verba ad Editiam relata in cap. quod Deo 33. quæst. 5. *Nihil ergo*, inquit, *de tua veste, nihil de auro, vel argento, vel quacunque pecunia, vel de rebus terrenis tuis sinè eius arbitrio facere debuisti.* Denique, nec hæc res á Cæsarum placito longè distat, qui quidem, bonum esse, fatentur, mulierem, quæ se ipsam marito committit, res etiam eiusdem, pati, arbitrio gubernari, in l. hac lege, versicul. Quanuis enim. C. de pact. conuent. ex qua notauit gloss. ibi verb. bonum, non cogi quem ad bonum. Verùm id, quod illorum testimonio bonum erat, nec tamen lege decreuerunt, in claustra necesʃitatis consuetudo nostra redegit.

27. Ex qua, & ratione ad eam scripta infertur, quòd apud nos, & in terris vbi similis consuetudo, aut statutum viget, nec in casibus aliàs permisʃis fideiubere mulier potest marito inuito, vt tradunt Palat. in repet. rubr. de donat. inter vir. & vxor. §. 68. num. 1. & 4. Tiraq. post leg. connubial. gloss. 5. num. 104. cum sequentib. Matienz. d. l. 2. gloss. 1. num. 4. & Azeued. ibi num. 68 ampliat. 13. Cald in l. si curatorem, verb. sua facilitate, nu. 2. versic. Vxor quoque. C. de in integr. restit. minor.

28. Infertur etiam, quòd nec de paraphernalibus bonis alienare mulier quicquã posʃit sinè marito, quia secundùm prædictam Regni consuetudinem, bonorum omnium administratio, etiam quæ proprię sint vxoris, penes maritum est. Et ita de paraphernalibus, ad leg. Regias Castellæ tradit Azeued. d. l. 2. num. 62. & sequenti, ampliat. 10. Cuius contrarium ad consuetudinem nostram probat Barbos. d. l. 1. part. 1. num. 33. & 36. vbi tenet, quòd cùm per dotem & arrhas matrimonium celebratur, poterit mulier in hoc Regno absque mariti licentia, liberè disponere, & alienare de bonis paraphernalibus, iuxta l. velles C. de reuocand. donat. quæ in hoc

Regno reuocata non reperitur; & Barbosam secutus est Rebell.de obligation. 2.part.lib.6.quæst.3. sect.3.nu. 8. & 9. In quo ego quidem cum doctissimis Lusitaniæ nostræ Viris conuenire non potui, quia quod ad bonorum administrationem in persona mariti residentem attinet, nihil interest inspecta Regni consuetudine, an matrimonium simpliciter celebretur, an per dotalitia pacta & instrumenta; quæ consuetudo generalis est apud nos, & generaliter obseruatur, quanuis iuri cõmuni contrariam esse, non dubitetur; vnde, nullum inconueniens est, si dicamus, decisionem d. l. velles, apud nos non obtinere, tanquàm consuetudine hac Regni abrogatam; quam, Regijs Castellæ legibus prohibentibus, mulierem contrahere, & alienare sinè mariti licentia, reuocatam agnoscit Barbos. & consuetudo hæc apud nos, vt lex scripta seruatur, nec minor est vis & potestas eius.l.diuturna, cum legib.sequentib. ff.de legib. Et quanuis in casu isto cesset ratio præiudicij mariti, cùm nullum patiatur in administratione bonorum paraphernalium, quando vxoris propria sunt, & non communia, non tamen cessat altera illa consuetudinis ratio quę ad maritalem reuerentiam pertinet, quam vltra citatos ab eo attulit & probauit idem Barbos. d. l.1. 1.part. num.32. & legis dispositio, quę duabus nititur rationibus, deficiente vna, ex altera sustinetur, §.affinitatis, instit.de nupt.l.si non lex ff de hæred. instit.

Denique, in eandem sententiam optimum præstat argumentum Ord. lib.4. titul.66. vbi est casus specialis, in quo vxor rem suam propriam sinè consensu mariti administrare potest, quam, nempe, ille concubinæ donauerat; in cuius odium lex Regia statuit, vt posset vxor ab illa repetere, & repetitam sibi propriam & insolidùm habere; quod postquàm ita definiuit, consequenter subdidit, quòd administrare eam liberè posset, perinde ác si vxorata non esset; ait enim, *E que possa fazer d'ella tudo o que lhe aprouuer, assi & tão perfeitamente, como senão fosse casada.* Ponderanda sunt verba legis, quæ otiosè nimis & superuacuò adderentur, si per ea quæ pręcedunt, quibus rei dominium ad vxorem in solidùm pertinere, declaratur, rei quoque administrationem, eius, & nõ mariti, fore, intelligeretur. Absit ergo, vt tam magnam superfluitatis notam Legislatoribus nostris imponamus, sed potiùs ex cauta prouisione in odium concubinatus in casu de quo ibi, per argumentum á speciali ad casus alios inferamus, vt, etsi res proprię sint mulieris, illarum administratio, non eius, sed mariti sit, secundùm generalem Regni consuetudinem.

29. Tertiò & vltimò infertur, non posse mulierem absque mariti licentia, hæreditatem sibi delatam adire, quia hæreditatis aditio ad quasi contractum pertinet. l. apud Iulianũ, in fin.ff.quib.ex caus.in possess. eat.de quo latè per Tiraq.d.gloss 5.ex num. 119. & citatos à Matien. d.l.1.gloss.3. num.4. Azeued.ibi num.12. vbi communes in hoc contrarias refert. Et quanuis apud Doctor. controuersum sit, an appellatione contractus, intelligatur etiam quasi contractus, apud nos securiùs hæc sententia procedit, quia legem non habemus in materia ista, de contractu loquentem, sed cõsuetudinem, cuius ratio sup.adducta hunc æquè casum comprehendit. Repudiare autem hæreditatem sibi delatam, sinè marito poterit mulier, quia in hoc; nec contractus, nec quasi contractus aliquis interuenit, nec prædicta ratio; sed tantùm voluntas non acquirendi, & renuntiatio iuris quærendi,

quærendi, quam posse facere mulierem stante consuetudine prædicta, tradit Matien. d.l.1. gloss. 2. nu.1.& 2. licèt secus sit de iure Regio Castellæ propter legem hoc expresè prohibentem, vt ibi per eum in nu sequẽti, & Azeued. ibi nu.4. in fin. & sequenti; Tiraq. verò pro hac sententia multos retulit d.gloss.5. num.31. licèt de ea dubitet ipse in num. sequenti.

30. Adeò autem consuetudo nostra ligat mulierem, vt nec eleemosynam marito inuito facere posit; quod de rebus dotalibus facilè admittunt omnes, quia earum rerum maritus, dominium habere, censetur, & succedit regula c. non est putanda.1.quęst. 1. quòd de re aliena non est facienda eleemosyna; & ita tradit Barbos. d.l.1. 1.part. num. 29. vbi in paraphernalibus contrarium determinat cum D. Thom. & alijs ab eo citatis. Quorum sententia probanda est in terminis iuris communis; nam stante consuetudine prædicta, aut statuto, videtur, quòd nec de istis eleemosynam facere posit mulier inconsulto marito, vt tradit Nauarr. vnus ex citatis à Barb. in manuali Latino c.17.nu.155. versic. Septimò, Palat quem etiam ille retulit, in rubr. de donat. inter vir. & vxor. §.48. num.3. versicul. Hodie tamen, vbi scripsit, quòd, etsi mulier secundùm ius commune eleemosynas facere posit de bonis paraphernalibus sinè mariti consensu, non tamen sinè scrupulo id fieri posit per iura Regni, quæ seruantur tam in bonis dotalibus, quàm in paraphernalibus, & alijs quæ propria sunt vxoris, idem tradit Tiraq. post leg. connub. gloss. 5. num. 218. Baeça tractat. de non meliorand. filiab. c.11. num.59. Azeued. l. 2. d. titul. 3. lib. 5. num. 71. post eos Azor institution. moral. lib.12. cap.10. quæst.4. versicul. Quęres, an posit, vbi addidit, quòd in terminis similis statuti, nec de ijs bonis quę mulier industria, & opera sua acquirit. aut donatione alicuius, eleemosynas facere posit. Et sanè sententia hæc bono nititur fundamento, quia mulier nec horum bonorum habet administrationem, stante prædicta consuetudine, aut statuto, vt tradidimus, & securiùs in hoc Regno procedit cùm matrimonium simpliciter contrahitur, propter vniuersalem bonorum societatem ac communionem lege inductam; de quo Cabed. decis.106. nu.2. cum duob. sequentib. 1.part.

Negari tamen non potest, quòd durum nimis sit, ac rigore plenũ, non posse mulierem aliquid eleemosynæ gratia elargiri de bonis communibus; quarè, temperanda prædicta sententia erit, vt non intelligatur de eelemosynis paruis, & quæ hostiatim mendicantibus erogari solent, has enim etiam inuito marito liberè poterit mulier facere, vt mulieres vxoratæ eiusdem qualitatis, & facultatis facere consueuerunt, quasi tempore celebrationis matrimonij, siue per dotalitia pacta & instrumenta, siue simpliciter contrahatur, hoc actum subintelligatur, vt de communibus bonis posit mulier liberè consuetas inter eiusdem qualitatis coniugatas facere eleemosynas: vel etiam quia parum pro nihilo reputatur, qua ratione modicas has cõiugatarum eleemosynas defendit Azor d. quæst. 4. versicul. Quid dicendum, monens, propter eas non debere mulieribus scrupulos inijcere confessarios; & idem tradit, si dederint eleemosynam pauperi extrema, vel quasi extrema egestate laboranti; nam scriptę, & humanæ leges iuri naturali derogare nõ possunt. Alios item casus, in quibus eleemosynas facere possunt coniugatæ adducit Tolet. in summ. tractat. de septem peccat. mortalib. c.29.

31. Non

31. Non solùm autem, ciuiliter non obligatur mulier ex contractu gesto inscio marito, stante consuetudine prædicta, aut statuto, sed nec naturaliter eam obligari, tradit Tiraq. post ll. connubial. gloss. 4. num. 12. ad quod vtitur Bart. doctrina in simili statuto loquentis, ne, scilicet, possit mulier contrahere sinè consensu consanguineorum, in quibus terminis, si illo omisso contrahat, nec naturaliter obligabitur, secundùm Bart. in l. cùm lex, num. 6 ff. de fideiussorib. & est ratio secundùm eum, quia lex aufert contrahendi facultatem in futurum, & obligationi resistit, idcircò nec naturalis obligatio oritur. l. iubemus. C. de sacrosanct. eccles. iuncta. l. non dubium. C. de legib. Secus, quando lex obligationi non resistit, neque assistit, vt in stipulatione alteri facta, & in pupilli contractu; tunc enim naturalis obligatio non impeditur, ita Bart. d. num. 6. & sequenti, & eandem doctrinam repetit in l. 1. num. 8. ff. de nouationib. & in l. si non sortem in princip. num. 3. ff. de condict. indebit. vbi sequitur Alex. num. 1. & 2. & in casu nostro sequitur Azeued. & ex alijs communem refert. l. 2. ampliat. 3. num. 39. d. titul. 3. lib. 5.

32. Cæterùm, doctrina hæc, quãuis in se vera sit, aptanda non videtur ad casum consuetudinis nostræ; loquitur enim Bart. quando ex tenore verborum statuti, contrahendi facultas aufertur in futurum, & lex obligationi resistit; prout in Regno Castellę, vbi de hoc leges scriptæ sunt; quibus stantibus procedit communis de qua citati ab Azeued d. ampliat. 3. num. 39. Quod consuetudini nostræ non conuenit; nec enim, vt sup. præmisi, legem habemus aliquam scriptam prohibentem, ne mulier sinè consensu mariti contrahere possit, sed ius hoc apud nos ex non scripto venit, consuetudine introductum; idcircò, quia prædicta consuetudo contra ius commune est, vt sup. tradidimus, ex quo probant aliqui citati à Tiraq. post ll. connub. gloss. 8. num. 5. strictè fore interpretandam, nec habemus vnde elicere possimus, legem mulieri contrahenti inconsulto marito resistere, dicendum potiùs videtur, quòd illi apud nos non assistat, ideoquè naturalem obligationem non impediri, secundùm prædictam Bart. doctrinã, quę sic pro parte hac non incoloratè retorquetur. Pro qua etiam non parùm facit, quia vxoris ad maritum subiectio, non est putanda deterior, quàm serui ad dominum suum, nec maior maritalis, quàm dominica potestas; nec denique censeri potest maior incapacitas mulieris coniugatæ ad contrahendum, quàm serui, cuius status iure ipso annihilatus est, & ad ea quę iuris sunt, quasi mortuus reputatur. l. quod attinet, l. seruitutem ff. de reg. iur. quod explicuimus sup. ad tex. ibi, *Obligationes instituta*, vbi etiam cum gloss. probauimus naturalem serui obligationem. Si ergo ille, qui inferioris subiectionis est, & deterioris conditionis, & in quo maior concurrit incapacitas, naturaliter obligatur ex contractu à se gesto, videtur, quòd multò magis naturalis obligatio probãda sit in persona mulieris sinè viro contrahentis, stante consuetudine nostra, etsi contrarium scripserit Tiraq. d. gloss. 4. nu. 12.

33. Ex qua sententia infertur, in hanc mulieris obligationem fideiussorem vtiliter accipi posse; potest enim fideiussor accedere sola naturali obligatione in persona debitoris existente. l. stipulatus sum, in fin. cum leg. sequenti. l. fideiussor obligari. §. fideiussor. ff. de fideiussorib. & ipse quidem fideiussor ciuiliter ac naturaliter tenebitur, & quãuis ita astrictus

pro

pro muliere soluat, contra eam, siue matrimonio constante, siue eo soluto, nullum alium quàm naturalis obligationis regressum habebit, quam ad summum contrahit mulier, cùm sinè viro contrahit.

34. Infertur etiam, mulierem, ad fidem contractus seruandam, in foro conscientiæ teneri, quia forum hoc naturalem obligationem respicit, & illo nititur, vt tradit Tiraq. d. gloss.4. num.15. vbi tamen ad casum præsentem contrarium infert ex contraria sententia, & tenet ibid. nu. 16. & 23. sequitur Couar. in regul. peccatum 2. part. § 3 num.8. & 10. quorum sententia, quam sequitur Azeued. d. l. 2. ampliat.3. num.35. cum sequentib. cōtra Segur. ab eo citatum in l.1. §. si vir, num.126 cum sequentib. ff. de acquirend. possess. stante iure Regio Castellæ sustineri poterit. Quo etiam iure procedit, non posse coniugatæ mulieris contractui fideiussorem accedere, quia illa naturaliter non obligatur lege resistente, de quo per Azeued. d.l.2. ampliat. 5. Ita verò, stante consuetudine nostra, intelligimus, mulierem in foro conscientiæ arctari ad fidem præstandam, vt quandiu sub viri potestate est, implere non teneatur, quæ interim, nullius rei, vnde soluere posit, administrationem habet. Qua ratione, cùm dicimus, naturaliter eam teneri, naturalem hanc obligationem, sinè retentionis effectu quandiu matrimonium durat, intelligi, volumus. Vnde, nec in eodem animæ iudicio securus accipit, aut retinet, qui interim ab illa, tametsi implendæ fidei datę gratia, & obtentu, quicquam accipit marito ignaro; etsi, contrarium, verissimum se putare modò absit fraus omnis, atque læsio, scripserit Tiraq. d. gloss.4. num.22. in fin. quod non probo, neque consulo, propter pręiudicium mariti in administratione quam liberam à lege habet in bona omnia, qua, sinè facto suo, in nullo priuari potuit; quod non ita cernitur in iis quæ pro contraria parte à Tiraq. afferuntur, & refelli facilè possunt propter discrimen rationis.

Quia veró in d. gloss. 4. & sequētib. in gratiam nuncupatæ consuetudinis plurimas adducit, & tractat quæstiones, præsertim in gloss.8. vbi sex supra triginta discutit, omisis illis quæ apud illum videri possunt, tres ab illo non tactas, & á præsenti tractatu non alienas, nec raras euentu hic subijciā. Prima est, an, stante prædicta Regni consuetudine, sponsa de futuro in fraudem futuri coniugis posit gerere contractus, quibus se obliget, & bona sua alienet; secunda, an mulier vxorata cui aliquid datum, relictum ue fuit ea conditione, seu modo, vt eius ipsa habeat administrationem irrequisito viro, posit absque illo alienare; tertia, an mulier absque mariti consensu nominare posit ad emphyteusim.

35. Quod igitur ad primam attinet, pro parte affirmatiua, nempe, quòd sponsa liberè contrahere, & alienare bona sua posit ante secutas nuptias, primò facit, quòd appellatione vxoris, sponsa non venit, vt ex pluribus comprobat Tiraq. post ll. connub. gloss.2. num.18. cum sequentib. quod in sponsa de futuro procul dubio procedit; quæ, quicquid in fauorabilibus á nostris tradatur, saltem in materia strictæ interpretationis, inter omnes constat, quód non comprehenditur appellatione vxoris, sicut nec maritus, sponsi appellatione; cum nec in materia indifferenti talis admittatur interpretatio in sponsis de futuro, vt tradit Sanch. de matrimon. lib.1. disput.1. num.3. Proinde, statutum, aut consuetudo, quòd vxor sinè licentia

licentia mariti contractus gerere non possit, videtur, quòd ad sponsam non pertineat, præsertim, cúm consuetudo eiusmodi correctoria iuris communis sit, quæ idcircò strictè accipienda est, & non debet extendi ad casum in quo non loquitur, iuxta communem gloss. traditionem in Auth. quas actiones. C. de sacrosanct. eccles. & gloss. (quam à paucis annotatam dixit Tiraq. d. gloss. 2. nu. 22.) in c. in fidei, de hæret. lib. 6.

Deinde facit, quia sponsus, bonorũ sponsæ administrationem non habet; & quanuis, secundùm ius & consuetudinem Regni nubere, proponant, vt bona inuicem communicentur, talis communicatio per sponsalia non inducitur, sed per matrimonium copula consummatum, ex Ord. libr. 4. titul. 95. in princip. circâ quod dubitant Nostrates, an sufficiat copula præcedens, de quo inferiùs suo loco agemus: vnde, cùm nullum ius, nec administrationem habeat sponsus in bona futuræ coniugis, penes eam, vtpote rerum dominam, administrationem illarum interim durare, dicendũ est, iuxta regul. l. in re mandata. C. mandat. l. sed etsi lege. §. consuluit. ff. de petit. hęredit. & per consequens videtur, quòd ex contractu obligari, & de bonis suis alienare liberè possit, nec faciat in hoc futuro marito dolũ, damnumue, quæ iure suo vtitur. l. nullus. l. nemo damnum. ff. de regul. iur.

36. Denique, pro parte hac facit, quia sponsus non tenetur sponsam alere, nec dotis fructus lucratur, vnde alere teneatur, tametsi dos illi ante matrimonium tradatur. l. si ante, vbi latè Barbos. ex num. 1. ff. solut. matrimon. si ergo illa per contractus à se sponsaliorum tempore gestos obligare se contrahentibus secum, & res suas vendere, non posset, vtens contrahendi facultate quam ante sponsalia habebat, non inueniret, qui secum vellet contrahere, ex quo & in persona sua, & in rebus suis non paruũ interim subiret detrimentum. Ex quibus videtur, quòd sponsa sinè sponsi licentia contrahere liberè possit, & res suas alienare; præsertim cùm in illa cesset ratio, quæ assignari solet ad consuetudinem, & statuta quibus vxor sinè mariti licentia contrahere prohibetur, tam quæ spectat ad præiudicium mariti, cùm in sponsæ bonis ius non habeat, quám altera, quæ est, propter reuerentiam quam vxor marito debet, & vt sciat, se viro subditam esse, vt sup. tradidimus; quę vtraque ratio in sponsa cessat; & ideo, consuetudinem prædictam, statutorumquè dispositionem in illa cessare, dicendum erit. Quod, ne dum in sponsa de futuro, sed, & de præsenti nondum cognita, nec traducta, ad leg. Castellę tradit Ioan. Lup. in repet. rubr. de donat. inter vir. & vxor. §. 68. num. 2. citatus à Couar. de sponsalib. 2. part. c. 7. §. 1. nu. 4. qui hoc notandum dixit, propter authoritatem illius quia in condenda Taurina lege consilium præstitit, sequitur Azeued. in l. 2. titul. 3. libr. 5. nou. recopilat. num. 6. qui in idem refert conciuem suum Ioann. Gutier. tract. de iurament. confirm. part. 1. c. 1. num. 11. & 18.

37. Pro contraria verò parte facit primò, quia consuetudo de qua agimus, fauorabilis potiùs est censenda, quàm odiosa, quanuis correctoria iuris communis sit, vt in statuto requirente consensum consanguineorũ in contractu mulieris tradit Bart. in l. qui exceptionem, num. 4. ff. de condict. indebit. & ferme omnes secundùm Tiraq. post leg. connub. gloss. 8. nu. 214. & quidem de consuetudine, aut statuto mariti consensum requi-

aut

rente, securiùs hoc affirmatur; militat enim ratio fragilitatis muliebris, quæ sola militat in statuto propinquorum consensum requirente, & prætereà, potentior alia, nempe, ratio præiudicij mariti in mala mulieris administratione, & concordiæ coniugalis, & denique ratio quædam honestatis quæ coniugatas decet, vt insciis inuitisquè maritis cum hominibus non negotientur, prælertim si adolescentulæ sint; conueniunt pulchra D. Augustini verba relata in c. quod Deo, versic. Nihil ergo. 33.q.5. quorũ meminit Tiraq. d. gloss.8.n.1. vbi alia in propositum adducit.

38. Cùm ergo consuetudo hęc, fauorabilis sit censenda, in illa, appellatione vxoris, etiam sponsa de futuro comprehenderetur; quia lex, aut statutum de vxore loquens in materia fauorabili, etiam in sponsa de futuro intelligitur, vt notant Cyn. & Salyc. per tex. ibi in l. non sinè. C. de bon. quæ liber. & tenent alij relati, & secuti á Sanchez. d. lib.1. disput.1. num.2. vbi notat Tiraq. d. gloss. 2. num. 21. in fin. pro cõtraria sententia proferentem Bald. in l. solet. §. quæ virum. ff. de his qui not. infam. cùm huic potiùs faueat, sicut & gloss. ibi, vt expendit Sanch. loco citato; quanquám, quod ad Bald. spectat eo in loco, vix conijci potest, quam probauerit in hoc sententiam; &, si coniecturæ locus est, contrariam potiùs, mihi visus est, sensisse, vt de eo arbitratus est Tiraq.

39. Rursus, pars hæc inde iuuatur, quia, etsi ex sponsalibus de futuro contractis sponsus non habeat ius in sponsa, habet tamen ius ad eam, quo iure compellere eam potest ad præstnadũ coniugalem cõsensum c. ex literis, in 2. c. sicut, de sponsalib. idquè etiam si sinè iuramento sponsalia cõtraherentur, c. de illis, 1. versic. Mulier autem, de desponsat. impuber. vbi hoc notat Abb. & ex alijs tradit Couar. de sponsal. 1. part. c. 4. in princ. nu. 2. cum sequenti, Sanch. d. lib. 1. disput. 29. n. 4. vbi pro hac sententia, quòd sponsus sponsam compellere possit ad fidem seruandam, etsi sinè iuramento sponsalia contracta fuissent, quę cõmunis, & receptissima est, plurimos refert Theologos, & Iuristas. Cùm ergo ad sponsam ipsam sponsus ius habeat, sequitur, quòd, stante cõsuetudine prędicta, aut statuto, etiã habebit ad bona illius, & administrationẽ eorum, cùm accessoriè hoc veniat, & accessorium naturã sequitur principalis, iuxta iuris regul. in cuius iuris fraudem, seu damnum sponsa nec contrahere, nec alienare quicquam de illis possit.

40. Denique facit, quia in hoc Regno inter virũ & vxorem quando simpliciter cõtraxerunt inducitur bonorũ omnium cõmunicatio ex Ord. lib. 4. tit. 95. in princ. ita vt maritus habeat dimidiam partem bonorum quę vxor secum affert, quæquè postea acquirũtur, & econtrà illa in bonis mariti; vnde, contractis simpliciter sponsalibus, habet spõsus ius ad dimidiam bonorũ sponsæ, & quasi creditor censetur in euentum conditionis futuri coniugij, idcircòquè, non poterit interim sponsa in fraudem illius de bonis suis quicquã alienare, &, si alienet, secutis postea nuptijs, reuocandi ius competet marito, vt eueniet, cùm debitor sub cõditione, in fraudẽ creditoris alienat, qui conditione postea existẽte reuocãdi ius habet ex titulo de reuocandis his quæ in fraud. creditor. vt probat tex. in l. qui in fraudẽ ff. qui, & â quib. notat Ias. in §. item si quis in fraudẽ, n. 55. instit. de actionib. ex gloss. ibi verb. creditorũ, intellecta iuxta tex. quem allegat, in l. creditores. ff. de verbor. significat. secundùm quam gloss. venit, quòd, si mulier alicui desponsata sit cum certa & ex-

O pressa

pressa dotis quātitate, à muliere ipsá, vel ab alio promissa, & is, ea ue in fraudē promissæ dotis bona alienet, secutis postea nuptijs, quibus promissæ dotis cōditio dicitur extitisse. l. 4. §. 1. iuncta gloss. ff. de pact. l. plerunque. § si ante. l. stipulationē ff. de iur. dot. alienationē in fraudē dotis factá reuocare poterit maritus, nisi dicamus, deterioris conditionis illum fore cui dos promittitur, quám creditorem ex qualibet alia causa; quod esse absurdum, nemo negabit. Iuxta quod, idem dici oportet in casu de quo agimus circâ alienationem à sponsa factam in fraudem futuræ communicationis bonorum, cùm, quicquid in bonis habet mulier sponsaliorum tempore, in dotem, ac nuncupatam communionem secum laturam, tacita conuentione actum intelligatur, & nihil refert, expresse quid, aut tacitè agatur. l. cùm quid. ff. si cert. pet. Quinimò, & aduersùs priùs alienata futuris creditorib⁹ reuocatoria actione prouideri, constito de fraude, vel cùm illa vehementer præsumpta est, ex Ias. d. §. item si quis in fraudē, n. 63. & alijs tradit Couar. lib. 1. var. c. 7. n. 7.

Ex his pręsens quæstio anceps apparet, quæ forsan, vt indubitabilis pro parte affirmatiua, á Nostris omissa est, dum dubitant in sponsa de præsenti, vt constat ex citatis à Couar. de sponsalib. 2. part. cap. 7. §. 1. num. 4. Azeued. dict. l. 2. titul. 3. libro 5. num. 6. Zeuall. practic. commun. contra commun. libro 1. quæst. 110. num. 2. & 3. qui in sponsa de præsenti nondum traducta, consensum mariti requirit, contra sup. citatos, & ita se obtinuisse, refert, quasi in sponsa de futuro sinè dubio reputantes, absque sponsi consensu contrahere, & res suas distrahere, liberè posse; & tamen in illa, præsertim apud nos propter legalem bonorum communionem ac societatem, quando aliter non contraxerunt, pars negatiua non temere probanda videtur, per illud potissimùm quod diximus de alienatione facta in fraudem creditoris cui sub conditione debebatur, quæ postea extitit.

41. Quarè, pro resolutione dicendum est, sponsam quidem contrahere, & alienare liberè posse, dummodó fraus absit, tanquàm rerum dominam cum administratione, illi interim pleno iure competente; fraude verò interueniente, reuocatoriæ actionis auxilium marito competere ex illo Prętoris edicto, quo cōtra fraudulentas alienationes creditoribus extat prouisum. Qua resolutione, vtriusque partis fundamentis sup. adductis responderi facilè potest, & vtrique parti, id est, sponso, & sponsæ plenè satisfit.

42. Secunda quęstio petebat, an mulier, cui aliquid datum, redictumue fuit, ea conditione, seu modo, vt eius habeat ipsa liberam administrationē, possit de re illa inscio inuitoquè marito contractum facere, & alienationem. In qua quęstione, pro parte affirmatiua est tex. in Auth. vt lic. matr. & auiæ, in princip. versicul. Si verò, collat. 8. vbi traditur, posse quempiam filiofamil. rem relinquere, vel donare, illius administratione cōmissa ipsius filij matri, vxori patris sui, si ergo rei administratio quæ alioquin penes maritum futura erat, vtpote rerum omnium filij legitimum administratorem. l. 1. C. de bon. matern. l. cùm oportet. §. non autem. C. de bon. quæ liber. potest per testatorem, vel donatorem vxori committi, probandū æquè videtur, posse testatorem, vel donatorem, mulieri coniugatæ rem relinquere, vel donare cum libera eiusdem rei administratione, quæ alioquin marito competitura esset.

Faciunt

Faciunt deinde adducta per Tiraq. post ll. connub. gloss. 8. quæst. 23. per tot. de alienatione rei â testatore præcepta mulieri, stante consuetudine simili, aut statuto, vbi tradit, præceptum tenere, quasì, non â muliere quæ illud adimpleuit, sed potiús á testatore qui præcepit, alienatio facta censeatur, argum. l. vnum ex familia. §. si de falcidia. ff. de legat. 2. l. pater ex prouincia, in fin. ff de manumiss. vindict. Et quæ circà alienationes ex necessaria causa latè ibi adducit, per quę concludit d. quæst. 23. mulierem defuncti hęredem posse irrequisito viro rem Titio vendere, quam illi certo pretio vēdi, iusserat defunctus; sequitur Matienz. in l. 2. titul. 3. gloss. 1. num. 17. in princip. libr. 5. recopilat. Et denique, non habere locum præfatam consuetudinem, cùm mulier ex necessitate contrahit, latè comprobat Tiraq. & conueniunt multa quæ congerit ex num. 185. de validitate alienationis factæ ex causa necessaria, quando illa aliàs interdicitur, de quo Pinel. in l. 1. 3. part. num. 24. & num. 51. C. de bon. matern. Iuxta quæ, in casu nostro dicendum videtur, posse mulierem liberè contrahere circá rem quæ illi relicta, donataue fuit ea conditione, aut modo, vt absque marito administrandi, & alienandi facultas penes illam esset, quasì tunc; contractus ab illa gestus, ab ipso qui præcepit, gestus censeatur, & ex necessitate oneris iniuncti factus appareat.

Denique, eandē partem illud valde corroborat, quòd talis conditio, aut modus non videtur habenda vt bonis moribus contraria; si enim contra bonos mores esset, mulierem sinè mariti licentia contrahere, id vtique à iure ciuili non haberet, secundùm quod, contrahere liberè potest, & res suas, quę extra dotis causam sunt, alienare incōsulto viro, vt tradidimus sup. vnde, cùm bonis moribus non aduersetur, debet obseruari conditio, aut modus, quam, quemue quis in rei suæ donatione præcepit, vt in titul. C. de donat. quæ sub mod. l. in traditionibus ff. de pact. l. in conditionibus. ff. de condit. & demonstr. cum alijs.

43. In contrarium verò, quòd talis conditio, aut modus valere non debeat, illud maximè mouet, quia, præsupposita Regni consuetudine, in mariti contemptum & dedecus tendit, mulierem sinè illius cōsensu cum hominibus negotiari; & maritalis cōcordia, quæ lucro præferenda est, vt inquiunt Impp. in l. reprehendenda C. de instit. & substitut. sæpe periclitaretur, si vxor renuente viro contrahere vellet; porrò, conditio mulieri iniuncta, quæ viro illius in ignominiam cedit, & qua maritalis cōcordia & reuerentia læditur, contra bonos mores esse, censenda est, & ideo è testamentis reijci omnino debet. d. l. reprehendenda. l. in conditionibus. 1. & 2. ff. de condit. instit. l. non dubitamus ff. de condit. & demonstrat. Et circà modum in testamentis scriptū idem iuris est; nec enim pręstanda cautio erit de illo implendo, cùm bonis moribus aduersatur, sed eo reiecto manet relictum purum. l. Titio centum. §. Titio centum. 2. ff. de condit. & demonstrat. esseque concordem omnium sententiam, scripsit Couar. de sponsalib. 2. part. c. 7. in princ. num. 5. Quod & in modo impossibili cōmuniter etiam obtinuit, adinstar impossibilis conditionis in testamento scriptæ. l. 1. ff. de condit. instit. vbi notat Angel. in princip. Imol. col. final. tradit Bart. in l. codicillis col. 2. versicul. Tu dic, vbi loquitur de modo impossibili, aut turpi. ff. de legat. 2. Dec. in Auth. ingressi, num. 23. C. de sacrosanct. eccles.

Quod etiam ad modum impossibilem de iure, aut facto contractui appositum extendunt Doctor. per gloss. final. in l. cùm donationis. C. de transact. quam notabilem vocat Angel. in d. l. 1. num. final. Dec. d. Auth. ingressi, num. 23. licèt impossibilis conditio contractui obstet, eumquè vitiet. l. non solùm. ff. de obligat. & action. l. impossibilis. ff. de verbor. obligat. vbi eandem differentiam notauit Angel. gloss. illam in d. l. cúm donationis, singularem, & magistram appellans. Iuxta quæ dicendum videtur, legatum, aut donationem mulieri factam eo addito, vt ipsa sinè marito, de re donata, aut relicta contractum, & alienationem facere, liberè possit, valere quidem modo neglecto, tanquàm, qui contra bonos mores sit, & contra probatissimam, ac bonis moribus consentaneam valde Regni consuetudinem.

44. Secundò pro parte eadem facit, quia, cùm mulieri aliquid relinquitur, aut donatur modo addito, vt rem relictam, aut donatam ipsa administret, talis modus nullius alterius commodum concernit, quàm ipsius legatariæ, aut donatricis; porrò, cùm modus eiusmodi est, non obligat ad implementum, sed magis, pro nullo habito, dispositio iudicatur vt pura, siue testamentaria illa sit, siue inter viuos. l. Titio centum, in princip. ff. de condit. & demonstrat. l. 2. §. final. cum leg. sequenti ff. de donat. si ergo dispositio quæ sub tali modo concipitur, qui solius mulieris emolumentum respicit, vt pura habenda est, & in dispositione pura de re mulieri relicta, aut donata, non ambigitur, administrationem sub marito illius esse, stante consuetudine Regni, consequens est, vt in casu proposito idem dicere debeamus. Hęc tamen ratio non ita vrget, vt prior, cùm euenire possit, vt ex disponentis voluntate, modus, non vt de consilio, seu impulsiuus sit censendus, sed vt finalis qui necessitatem inducat; vel etiam si mulier stare illi velit, nulla est lex quæ legatarium, aut donatarium à modi implemento cohibeat, tametsi ille talis sit, quem, quia solius ipsius legatarij emolumentum respiciebat, omittere impunè poterat.

45. Cæterùm, quia prior ratio fortiùs vrget, pro resolutione propositę quæstionis duo casus erunt distinguendi; vnus est, quando matrimonium contrahitur cum pacto communicationis bonorum exclusiuo, videlicet, si contrahatur cum pacto dotali, quo casu si de lucratis constante matrimonio nullum adsit pactum, illa non communicabuntur inter coniuges, sed quæ quilibet acquirit, sibi acquiret, iuxta iuris communis constitutum, vt contra Gam. decis. 314. num. 4. & 5. probat Barbos. in l. 1. 4. part. nu. 99. versic. In Regno sanè Portugalię, & num. sequenti ff. solut. matrimon. Sed etsi pactum addatur de communicatione quæsitorum constante matrimonio, tale pactum intelligitur de quæsitis ex industria & negotiatione, & non porrigitur ad illa quę alteri ex coniugibus lucratiuo titulo deferuntur, iuxta l. coiri, cum legib. sequentib. ff. pro soc. tradit Gam. decis. 358. num. 1. Barbos. qui alios refert. d. l. 1. 1. part. num. 35. versicul. Consequitur etiam; & in isto casu sentit Valasc. cons. 103. num. 26. tom. 2. Quanuis, cùm dotali instrumento non adijcitur pactum de communicandis lucratis, omnia communicari, teneat, secundùm consuetudinarium Regni ius; cuius oppositum probat Barbos. d. l. 1. 4. part. num. 99. & sequenti. In hoc ergo casu, modus iniunctus legato mulieri relicto, aut donationi, vt ipsa, & non maritus,

maritus, administret, tenebit, ita vt super re aut quantitate ita relicta, donataue contrahere mulier liberé posit, & alienationem facere marito inscio, & inuito, & in hoc casu procedunt quæ pro parte affirmatiua in quęstione hac, priori loco sup. adduximus. Cui non obstant in contrarium adducta; nam ad secundum responsum iam extat, & ad primum respondetur, in conditione, aut modo, vt mulier administret rem illi relictam, cuius maritus particeps non est, nullum mariti verti præiudicium, nec discordiarum occasionem, cum hoc, quod tali conditione, aut modo præcipitur, à iure communi mulier habeat, vbi consuetudo, aut statutum in contrarium non est; quod certè á iure ciuili non haberet, si inciuile, & bonis moribus cõtrarium putaretur, mulierem inscio viro administrare res suas quæ extra dotem sunt. Sed & stante Regni consuetudine pôsse mulierem quæ nupsit per dotem & arrhas, paraphernales res liberè administrare, & alienare, tenuit Barbos. d l. 1. 1. part. num. 33. & 36. cuius sententiam & si sup. non probauerimus, in hoc quidem casu probanda est, illaquè pars hęc in illo securior apparet.

46. Alter casus est, quando, vel ex pacto, vel, quia simpliciter contraxerunt secundùm Regni ius & consuetudinem, lucra omnia quocunque titulo quæsita constante matrimonio, inter coniuges communicantur; & in isto pars negatiua propositæ quęstionis tenenda est. Quia cùm lucra omnia communia sunt inter coniuges etiam quę lucratiuo titulo quæruntur, vel quia ita conuenerunt, vel quia simpliciter contraxerunt; quo casu, non tantùm quęsita constante matrimonio, sed & quę antea habebant, inter illos communicantur de iure Regni, dispositione alterius effici non potest, vt alter ex coniugibus, in hoc iure communionis lędatur; tum, quia tollere non potest, quod inter contrahentes actum legitimè est, tum vel maximè, quia si id efficere posset, communionis iuri lege inducto, seu contrahentium pacto committi fraus facilè posset; cùm, qui ab aliquo donari sibi, aut relinqui speraret, facillimo negotio ab eo obtineret, vt ita relinqueret, aut donaret, ne ad coniugalem bonorum communicationem pertineret, sed is, eaue sibi quæreret in solidùm, cui relinquere, aut donare volebat. Atque ita per fraudem & collusionem legitima bonorum societas, & communicatio euerti facilè posset, magnaquè oriretur discordiarum inter coniuges occasio, cui vt obuietur, conditio, aut modus in alterius dispositione, vt res in solidùm pertineat ad eum cui relinquitur, & non communicetur, admitti non debet. Ex quo ad propositum casum propriùs inferendo, resoluendum in eo erit, non valere conditionem, aut modum per quem administratio & alienatio rei quæ communis futura est, committatur mulieris arbitrio excluso marito; si enim valeret, per indirectum, maritale ius in communione sibi debita læderetur, & in mala mulieris administratione detrimentum pateretur, & denique, dedecus illi esset, & ignominia, rem sibi communem, non suo, sed vxoris arbitrio administrari se nolente & renuente; ex quo & frequens discordiarum occasio, & mala alia coniugium perturbantia orirentur. Est ergo in casu isto amplectenda pars negatiua propositæ quæstionis, iuxta id quod pro illa adduximus sup.

 47. Et

47. Et non obstant in contrarium adducta, quibus facilè respondetur; Ad primum enim, de Auth. vt lic. matr. & auiæ, in princip. versicul. Si verò, collat. 8. vbi res filiofamil. relinqui, aut donari potest, illius administrationi matri commissa, responsio est in promptu, quia ibi non agitur de legato, aut donatione rei futuræ communis inter coniuges, sed de re filio relicta, aut donata, ideo nimirùm, si testator, aut donator administrationem illius committere posit matri, cùm &, si mulieri ipsi res relinqueretur, cuius, maritus particeps non esset futurus, posit administratio mulieri committi, iuxta prioris casus positionem in distinctione præmissa. Ad secundum respondetur, certam & necessariam alienationem mulieri impositam, de qua oppositũ fuit, à spontanea ac libera, de qua præsens est quęstio, omnino differre, & de illa ad hanc, idcircò, non posse inferri. Ad tertium, verum quidẽ esse, secundùm ius ciuile contra bonos mores non esse, mulierem sinè viri licentia posse contrahere, & res suas administrare, idcircò, nec hoc vt improbum refellimus, quando solius vxoris res sit, iuxta priorem casum; vbi verò res ad communem aceruum pertinere debet, malum est, à muliere inscio inuitoquè marito posse administrari, iuxta posterius distinctionis membrum cum adductis pro eo.

48. Tertia & vltima quæstio est, an, stante prædicta Regni consuetudine, mulier marito inuito ad emphyteusim nominare posit. Quam quęstionem, vt antea dixi, apud Tiraq. non inueni, nec (quod magis miror) apud Francisc. de Cald. Lusitanum nostrum in luculentissimis suis iuris emphyteutici commentarijs, cùm ea difficilis sit, & in praxi vtilis; nec quidem minus difficilis apparebit, si de præsentatione ad ecclesiam, ad emphyteuticam nominationem liceret argumentari, propter varias Doctorum sententias circà præsentationem an mulieri, quę patrona est, competat, an verô marito illius, an vtrique; de quo Tiraq. post leg. connub. gloss. final. à num. 5. vbi quæstionem disputat, variasquè adducit Doctorum opiniones in terminis iuris communis, vbi ius patronatus spectat ad rem dotalem, nouissimè Nicol. Garc. tract. de benefic. 5. part. cap. 9. num. 177. cum sequentib. vbi distinguit, secutus alios quos refert, inter ius patronatus quod est annexum bonis dotalibus; & quod alia ratione, & titulo mulieri competit, vt in hoc posteriori casu præsentandi ius, & facultas ipsius mulieris sit, in priori verò marito cõpetat; de quo obiter Cald. tractat. de nominat. emphyt. quæst. 4. num. 8. & de extinct. emphyteus. c. 12. num. 17. Matien. l. 2. gloss. 1. num. 9. titul. 3. lib. 5. recopilat. Burg. de Pace in proæm. leg. Taur. num. 5. 18. & 19. qui præsentatũ à muliere præferunt, ex sententia aliorum quos referunt; stante verò consuetudine de qua agimus, magis dubitat Tiraq. & cogitandum relinquit d. gloss. final. num. final. de quo etiam breuiùs egerat in gloss. 5. quęst. 26. nu. 221. & sequenti.

Verúm, vtcunque circâ præsentationis articulum, de quo per eos, res se habeat, præsens quęstio non admittit argumentum de præsentatione quæ competit ex iure patronatus, quia diuersa est ratio in pręsentatione ad ecclesiam, ac in nominatione ad emphyteusim, vt circá pupilli personam expendimus in commentar. l. 1. C. de sacrosanct. eccles. 1. part. §. 2. num. 20. vbi nu. sequenti resoluimus, non posse pupillum, nominare ad emphyteusim, propter ipsius præiudicium

dicium quod ex indiscreta nominatione obuenire illi posset, tametsi ex plurimorum sententia præsentare ad ecclesiam, posit, quam communem tradit, & probat Garcia de beneficijs d.cap.9. à num. 186. cum sequentib. Secundùm quam sententiam, præsens quæstio pro parte quoque negatiua decidenda videtur, nempe, vt propter mariti præiudicium nō possit mulier, illo inscio nominare ad emphyteusim. Quæ sententia plurimùm iuuatur authoritate illorum, qui præsentandi facultatem mulieri abnegant, quos retulit Tiraq. d. gloss. final. num.7. Etenim, si mulieri ius patronatus habenti negatur prēsentandi facultas sinè viri consensu, in qua quidem, commoditas nulla reperitur pecunia ęstimabilis. c. de iure, extr. de iure patronat. notat Abb. in c. querimonia; eod. titul. multò magis neganda videtur nominandi facultas, in qua commoditas reperitur, quæ pecunia æstimari, ac vendi rectè potest.

49. Quarè, mea est sententia, in hoc Regno mulierem coniugatam, ad quam pertinet emphyteusis cum nominandi facultate, non posse ad eam sinè viri consensu per actum inter viuos nominare; quod proculdubio procedet, vbi nominatio facta esset per contractum, quem, constat, sinè mariti licentią non posse mulierem celebrare. Quòd si sinè contractu nominatio ab vxore fiat, inter viuos tamen, maior dubitatio erit; quę augetur ex his quę in monacho tradit Cald. de nominat. emphyt. quæst.6. num.3. & 4. vbi probat, posse monachum, etiam Ordinis Minorum, nominare ad emphyteusim quam ante professionem habebat, quia hoc in facto consistit, cuius monachus etiam ex Minoribus capax est, iuxta Bart. sententiam communiter receptam in l. cùm pater §. hæreditatem. ff. de legat. 2. & eandem sententiam obiter repetit Cald. de potest. eligend. seu nominand. c.3. num.17. versicul. Vnde monachum; secundùm quam, dicendum videtur, posse mulierem nominare, cuius, ad bonorum administrationem, si ad illam pertinere, dicatur nominatio, maior incapacitas non est, quàm monachi, qui voto solenni in professione á se abdicauit propriam voluntatem. Rursus, hoc magis suaderi potest, attento, quòd nominatio emphyteutica per se sumpta, non est contractus, aut quasi contractus, sed actus alius inter viuos, idquè attento iure communi, vt tradit Valasc. cons. 61. num.5. tom.1. vbi, nu. 11. versicul. Et ita ex prædictis, tradit, iure nostro Regio attento, nec esse actum inter viuos, nec vltimæ voluntatis, sed mediam inter vtrumque, & peculiarem quandam induere naturam, ex quo videtur non comprehendi consuetudine, aut statuto prohibente mulierem contrahere, & quasì contrahere absque mariti consensu.

Nihilòminus tamen, & in prædicto casu, contra nominationem â muliere factam inconsulto marito responderem quando illa ita facta est, vt aliás irreuocabilis maneret. Idquè tam præiudicij ratio marito inde obuenturi, quàm ratio maritalis reuerentiæ de qua sup. quæ hunc quoque casum comprehendit, mihi persuadet. Et quod ad pręiudicium attinet, certum est, quando secundùm Regni consuetudinem contraxerunt, vel etiam cum pacto, vt quęsita constante matrimonio inter eos communicarentur; si enim mulier ita nominauit, vt plena rei proprietas in nominatum statim transferretur, commoditate fructuum interim percipiendorum, pro parte sua fraudaretur

maritus nominatione vxoris; quod tolerabile non est, cùm nec maritus ipse nominare ita posit inconsulta vxore, propter præiudicium illius in intervsurio, vt tenet Cald. de nominat. quæst. 18. num. 10. quòd si illa rei fructus sibi reseruauit, quanuis præiudicij hæc ratio cesset, non cessat altera quæ ad reuerentiam & obedientiam marito debitam spectat, ex qua nominatio aliàs irreuocabiliter valitura sustineri nõ debet, propter prædictam consuetudinem, quæ hac potissimùm nititur ratione, vt sup. scripsi. Præterquám, quòd & præiudicij ratio non cessat omnino, cùm semper qualequale præiudicium maritus pateretur in ipsius rei alienatione irreuocabiliter facta, tametsi in tempus mortis vxoris suæ collata.

In quam sententiam conferunt quę afferuntur pro parte negatiua in quęstione, an in terminis. d. consuetudinis, mulier, aut eius hæredes, soluto matrimonio stare contractui ab illa gesto teneantur. Quam quæstionem ad vtramuis partem disputat Tiraq. d. gloss. 8. quæst. 11. ex num. 99. & quam partem eligat, non explicitè declarat; negatiuam verò partem in ea amplectitur Baet. in lib. de non meliorand. filiab. c. 11. num. 79. cum duob. sequentib. quem refert Matien. d. l. 2. gloss. 1. num. 11. vbi, hanc sententiam, veriorem sibi videri, scripsit, quam sequitur Azeued. ibi ampliat. 7. num. 49. & illa stante, cum ijs quæ pro ea afferuntur, securior manet quã pono ad nominationem emphyteuticam, tametsi in tempus soluti matrimonij per mortem vxoris conferatur, ita vt nullum interim maritus fructuum detrimentum patiatur. Et magis confirmatur ex eo quod in quæstione de contractu vxoris collato in tempus post mortem, responderunt Caro. Ruin. consl. 145. Circà primum, col. 2. versic. Nec obstat, lib. 1. & Dec cons. 502. Ex duabus, num. 3. cum duob. sequentib. qui in terminis similis statuti responderunt, nec in ea specie valere contractum; & illos retulit Tiraq. d. gloss. 8. nu. final. quæstionem illam indeterminatam relinquens; in qua Azeued. d. l. 2. ampliat. 15. num. 69. negatiuè quoque respondit citato pro eadem sententia Peralt. in prælectione. l. in hæredem, nu. 77 ff. de legat. 2.

50. Quòd si nominatio fiat ab vxore, siue inter viuos, siue in testamento, ita vt, à nominante reuocari, liberè posit, tunc, iuxta naturã hanc suam sustinenda erit, cùm nullum inde marito præiudicium generetur, nec máritalis reuerentia lædatur, quę non læditur per testamentariam dispositionem ad arbitrium mulieris conditam, cum qua nominatio ita facta fraternizat; sicut & donatio causa mortis, quam ideo posse facere mulierem sinè mariti consensu, ex sententia Roman. in l. 2. ff. de verbor. obligat. & aliorum probat Matienz. in l. 7. titul. decim. gloss. 2. num. 32. lib. 5. recopilat. Latissimè Zeuall. practic. commun. contra comm. lib. 2. quæst. 695. à num. 9. cum sequentib. qui num. 8. contrariæ sententię Authores retulit.

51. Atque ita resoluendam puto quæstionem hanc de nominatione à muliere facta. Cui resolutioni non obstat quod adduximus de nominatione monachi, ex Cald. vbi sup. vel enim illud est intelligendum de nominatione facta cum prælati consensu, vel, si de nominatione sinè illo intelligitur, probandum non est; quia etsi nominatio ipsa consistat in facto, tamen per eam ius acquiritur nominato; & monasterio, si bonorum capax sit, damnum in fructibus interim quandiu viuit monachus percipiendis,

dis,infertur; quod illi facto monachi inferri nequit; nec ius aliquod in alium transferre potest monachus propria voluntate,quam ad huiusce-modi actus non habet.

52. His absolutæ manent tres illæ quæstiones propositæ sup. quibus additur, consuetudinem de qua agimus,seu simile statutum non ligare mulierem, cuius maritus abest in longinquis, iuxta tradita per Tiraq. d.gloss. 8.num.6. cum sequentib. vbi nu.19. declarat, hoc procedere dummodò maritus in remotis partibus absit, & diutiùs sit absuturus, aut ignoratur, vbinam terrarum degat, & fortè imminet necessitas contrahendi; & tamen in num.sequenti subdit, & consulit, quòd & tunc, si quis rem suam tutó agere velit, loco absentis mariti, iudicis authoritatem adhiberi, faciat, ad quod similia congerit in numer.sequentib. Idquè Castellę legibus sic cautum reperitur, vt l. 59. Taur.& l.6.titul.3. lib.5.recopilat. vbi Matienz.gloss.1 num.3.& Azeued ibi per tot.& de iure nostri Regni tradit Cabed.decis. 106.num.5 cum sequentib. 1.part. Ego quidem,ad immobilium distractionem nunquam mulierem admitti debere, censeo; cùm enim hæc distrahendi facultas non competat marito absque expresso vxoris consensu,secundùm ius nostrũ Regium, multò minus eam sibi vendicare poterit vxor incõsulto marito, longinquę, & diuturnæ vllius absentiæ prætextu: cuius causa, satis est, si mobilia illi distrahere permittatur; & tunc quidem, si, quę minus pretiosa & vtilia sunt,distrahat, & distrahendi necessitas adsit, videlicet,vt se, familiamquè alat,cùm aliunde nõ habeat, vnde alatur; quo casu, pro validitate contractus,necessè non erit,iudicem adire,vel,quia casus hic,cõsuetudine, aut statuto non comprehendatur, vel, quia tacitus mariti consensus ad illum subintelligatur; quod ita censeo in casu isto,& verissimum credo,licèt Azeued. d. l. 2. ampliat. 16. num.73. versicul.Ex quibus,contrarium in illo probet, secundùm quod in contingentia facti se consuluisse, refert; solùmquè, maritum in casu isto nolentem stare vẽditioni arctat ad reddendum pretium,quod in alimenta familiæ expensum fuit quasi in vtilitatem illius versum. Secundum quam sententiam non inueniret mulier,qui cũ illa cõtrahere vellet in casu prędicto, qui necessitatis casus est; quem idcircò sub lege non comprehendi, aut tacito mariti consensu comprehendi, verius puto. Confirmatur ex eo quod de alienatione rei dotalis ad alendam vxorem, & filios, necessitatis casu eueniente,ex alijs, quos refert, tradit idem Azeued. l. 9. d. titul. 3. lib. 5. num. 32.

Qua ratione idem censeo, vbi rei vtilitas id poposcerit, videlicet, si merces venales sint, & periculum sit in mora dum maritus expectatur,siue in re ipsa, siue in pretio eius, poterit enim mulier non expectató viro, nec iudice requisito,ad venditionem illarum prosilire,iuxta tradita per Tiraq. de non expectando consensu aliàs requisito, nec iudicis decreto, cùm periculum est in mora .d. gloss. 8. num. 131.

53. Et confirmatur ex ijs quæ latè congerit idem Tiraq.ibi quæst.8. ex num.62.cum multis sequentib.ad probandum in terminis similis consuetudinis contractum à muliere vtiliter gestum; quem item approbat Gom.in l.54.Taur. nu.2. Gam.decis. 257. nu. 3. & multis comprobat Matien.d.l.2.gloss.1. num.14. cum duob. sequentib.& plures quos citant Azeued.in l.1. eod. titul. & lib. num.13. & Zeuall. d.quæst.695.num.29. Florez

ad

ad Gam. d. decis. 257. num. 3. Sed est aduertendum, quòd quęstio illa de validitate contractus à muliere vtiliter gesti, & affirmatiua opinio in ea, quam illi probant, absentiam mariti non requirit, sed solùm commodum ex cōtractu. Vnde Gom. d. l. 54. Taur. num. 2. versicul Nec obstat, opponit de leg. 59. infr. quæ vtrumque requirit cum iudicis decreto, vt valeat contractus; & respondet, in terminis d. leg. Taurinæ sufficere, quôd vtilitas contractus á principio existat, licèt postea deficiat; at verò, in terminis prædictæ quæstionis, & nuncupatæ in ea opinionis, vtilitatem debere durare vt valeat contractus celebratus sinè licentia mariti.

54. Secundùm quam resolutionem, cùm dicimus, mulierem absente viro cōtractum gerere posse ex causa necessitatis, aut vtilitatis, vt in prædictis casibus, illo inconsulto, intelligimus, contractum ab initio firmum ex vtroque latere manere, nec maioris lucri successuri postea obtentu posse maritum ab illo recedere: quod veró dicitur in quæstione de qua Tiraq. d. gloss. 8. quæst. 8. Gom. & Matien. vbi sup. cum citatis ab eis, valere contractum â muliere sinè marito gestum, quando illi aut marito vtilis est, intelligitur de contractu cuius vtilitas durat, ita vt qui à principio vtiliter gestus fuit, nunquam non vtilis appareat. Sed & tunc addo illis, & fortè à mente illorum alienum hoc non est, quòd si maritus recedere velit á contractu, liberè id posit, nec aduersarius de vtilitate illius inde proueniente opponere illi posit; quia, quòd valeat contractus in casu isto propter vtilitatem, fauorem illius respicit, cui ille renuntiare potest, iuxta iuris regul. quod non ita est in casu absentiæ, quando periculum est in mora dum mariti licentia expectatur; tunc enim, ex tacito & interpretatiuo illius consensu sustineri contractū, dicimus; sufficit enim tacitus ad id mariti consensus, vt contra Tiraq. de legib. connub. gloss. 7. num. 14. & alios probat Matien. d. titul. 3. l. 3. gloss. 1. num. 7. cum sequentib. vbi infert ad contractus à muliere gestos circà negotiationem quam marito sciente & patiente exercet, cum Gom. d. l. 54. num. 7. post eos Azeued. d. l. 2. num. 9. cum sequentib. Qui consensus tacitus induci nequit, cùm maritus in eodem loco, vel prope est, qui expressum præstare facilè posit, &, si ad id non expectetur, in hoc ipso maritalis reuerentia læditur, quæ sola sufficiens causa est, vt illo volente irritetur contractus, iuxta rationem superiùs adductam. Secundùm quæ, prædicta quæstio de validitate contractus cùm vtilis est, in quam multa adducit hinc inde Tiraq. d. gloss. 8. quæst. 8. parùm vtilis est, si verū est, quod tradit Gom. d. l. 54. nu. 6. posse, nempe, maritum, ratum habere vxoris contractum sinè illius consensu gestum; de quo Tiraq. de legib connub. gloss. 6. ex num. 1. & in Regno Castellæ expresè hoc dispositum est. l. 58. Taur. & l. 5. titul. 3. lib. 5. nou. recopilat. vbi Azeued. post Matienz. gloss. 1. ibi per tot. cum duab. sequentib.

55. Hęc de mulieris coniugatę contractu, quem quia sinè mariti cōsensu nequit celebrare, nec vtique ad celebrandum illum, per se sinè marito constituere procuratorem poterit, vt tradit Tiraq. d. gloss. 5. nu. 183. cum trib. sequentib. Matien. l. 2. gloss. 1. nu. 7. d. titul. 34. Azeued. ibi ampliat. nona, num. 61. Idquè regulare est, vt quod quis per se facere non potest, per alium facere non posit, quia qui per alium facit, perinde est, ac si per se ipsum faciat, vt dicit iuris regula, qui facit per alium, de reg. iur. lib. 6. l. 2.

§ 1.

§.1.ff.de administr.rer.ad ciuitat.pertinent. cum concordant. citatis à gloss. ibi.

56. Et prædictis additur, quòd maritus, cùm iniustè recusat præstare consensum vxori ad contrahendum, per iudicem causa cognita compelli poterit, &, si nec sic consentire velit, iudex ipse licentiam dare poterit, vt alijs relatis tradit Matienz. d.titul. 3. l.4.gloss.1.cum sequentib.& Azeued. ibi num. 1. de quo Tiraq. d. gloss. 8. quæst.15. qui tamen ibi num. 134. in contrariam partem magis inclinat, & tandem cogitandum relinquit: Lege verò Castellæ.57.Taut.& d.l.4. titul.3.lib.5.nouæ recopilat. determinatum hoc extat pro muliere ad iudicem recurrente; quod & apud nos expresè cauetur circà litigandi facultatem, quam iudex causa cognita præstare potest mulieri, in terminis Ord.lib.3.titul.47.§.final.in fin. Quarè, & ad contrahendum, idem seruãdum fore, censeo, cùm enim maritus consultus & requisitus iniustè renuit, & iudex aditus decretum suum causa cognita interponit, nihil est, de quo ille conqueri posit; nam nec damnum pati, creditur, sed potiùs commodum ex contractu reportare, nec maritalis reuerentia lęditur, quã vxor obseruauit, illum priùs consulendo, & loco illius iniustè contradicentis iudicem adeundo. Sicquè regulare est, quoties actus aliquis expediri nequit sinè alterius consensu, quẽ ille iniustè præstare nequit, vt per Azeued.d.l.4. nu.2.

57. Non solùm autem mulier secundùm Regni consuetudinem sinè mariti consensu contrahere nequit, vt in superioribus traditum extat, sed in iudicio quoque consuetudo eadẽ, eiusquè ratio pariter militat. Vnde mulier, sinè mariti consensu nec in iudicio agere, nec illo irrequisito cõueniri potest. Et licèt Bart.in l.apud Iulianum.§ final. ff. ex quib. caus. in possess.eat. contrarium velit in terminis statuti prohibentis, mulierem cõtrahere sinè propinquorum cõsensu; tamen in terminis consuetudinis similis nostræ non posse mulierem, actiones exercere sinè consensu mariti, probat Tiraq.d.gloss.5.num.107. cum duob.sequentib.& ibi, num.109. aliarum terrarum consuetudines memorat ita expresè cauentes; cuiusmodi est apud Castellanos.l.55.Taur. qua expresè cauetur, mulierem in iudicio, nec agere, nec defendere posse sinè mariti licentia; quod etsi lege ita non esset expressum, sufficere prioris legis verba, quibus, sinè mariti licentia contrahere, & quasi contrahere, prohibetur, vt de iudicio quoque idem intelligeretur, tradit Matien.d.l.2.gloss 5. num.2.titul.3. & ita ad casum præsentem de contractibus ad iudicia argumẽtatur noster Phęb. decis.Lusitan. 62. num. 5. Apud nos quidem dubitandi ansam præbere posset Ord.lib.3.titul.47.in princip. quę loquitur de iudicio circà immobilia agitato, & in illo disponit, non posse maritum sinè vxoris consensu, nec vxorem sinè illius consensu agere; ex quo, in alijs posse mulierem sinè consensu mariti esse in iudicio, permittere videbatur, ex reg. l. cùm prętor ff. de iudic. Sed generalis ac receptisima Regni consuetudo hoc non admittit, secundùm quam mulier in iudicio esse non potest, siue circà immobilia, siue circà mobilia agere velit, absque mariti consensu & mandato ad id exhibito, & hoc iure sinè controuersia vtimur, à pariquè procedunt in coniugatis iudicia, & contractus; & certè ad illa, specialis quædam ratio erat, quæ colligitur ex l.maritus.C.de procuratorib.

58. Interdum verò experiri in iudicio,

iudicio, mulier potest absque viri cõsensu, venia iudicis ad id obtenta, vt euenit quando ille irrationabiliter est inuitus, iuxta id quod ad contractus sup. tradidimus, & in iudicijs, probat Ord. d. titul. 47. §. final. in fin.

59. Sed & aduersùs maritum ipsum erit mulier aliquando in iudicio audienda, vt cùm, eo ad inopiam vergente, dotem repetere, intendit secundùm decisionem tex. in l. si constante. ff. solut. matrim. nec tunc mariti licentia requiritur, vt cum citatis ab eo tradit Gom. d. l. 54. Taur. nu. 3. Repetitam tamen & obtentam ex hac causa dotem alienare mulier non poterit, sed fructibus ex ea perceptis vtetur ad suam, ac mariti, & familiæ sustentationem, l. vbi adhuc, versicul. Ita tamen. C. de iur. dot. Vnde, in prædicto casu, etiam stante consuetudine nostra, poterit mulier repetitæ dotis fructus administrare, & super illis cõtractus celebrare, iuxta d. versicul. Ita tamen, quo ius nostrum consuetudinarium est limitandum, vt non procedat in casu isto propter iustam causam ex parte mulieris in illo.

60. Debet item mulier in iudicio admitti non expectato mariti consensu, illo peregrè commorante, quãdo agere intendit ex causa delicti in se commisi, vel ex causa contractus quem illa gesit, & periculum est in mora dum maritus absens expectatur, iuxta terminos tex. l. si longiùs. §. si filiusfamil. ff. de iudic. Mariti verò nomine admittenda non erit, nec præstita cautione de rato quasi coniuncta persona; quanquàm hoc filiofamil. concedatur, vt tradit Paul. ad tex. ibi in d. §. si filiusfamil. num. 2. & latiùs sup. de hoc scripsimus capit. 2. & in muliere coniugata idem probat Phæb. d. decis. 62. num. 10. coniunctæ personę argumento; quod non probo; quia, nec pro absentis mariti defẽsione mulieri permittitur, interesse iudicio. l. quia absente. C. de procuratorib. nec pro parentibus morbo & ætate impeditis potest mulier officium procuratoris iudicialis exercere, vt cum Villalobos in antinomia, verb. vxor, num. 15. ab eo citato tradit Azeued. d. l. 2. titul. 3. lib. 5. num. 107. vbi addit, quod neque pro marito suo secundùm Castill. ibi num. 30. in fin. nec pro alio, etsi adsit mariti licentia, Azeued. l. 2. num. 109. Et sic patet, quòd ad hoc, vt mulier exercere posit officium procuratoris iudicialis, mariti consensus nihil valet, quia id illi iure prohibitum est.

61. Ad negotia verò, etiam sinè mariti licentia mandatum alterius suscipere potest, & gesta per eam procuratorio nomine valebunt, vt cum Suar. titul. De las deudas, & Cifuent. d. l. 2. quæst. 6. tradit Azeued. ibi, num. 106 Quod quidem sic accipiendum est, vt gesta per eam valeant, sed non vt ipsa mandati actione obligetur, quando sinè mariti licentia mandatum suscepit, & exercuit; id enim ad contractum pertinet inter eam, & mandatorem celebratum, quo mulier obligari nequit, sicut nec ex quolibet alio contractu, sinè mariti consensu ab ea celebrato.

CAP.

CAP. OCTAVI

SVMMARIA.

Bart. & cōmunis sententia refertur, quæ probat, mutuo recepto per ciuitatis administratorem, aut syndicum speciale ad id mādatum habentem, obligari ciuitatem tametsi in rem illius versum non sit. Et defenditur nu. sequenti.

Concilium ciuitatis, vicem populi repræsentat. d nu. 1. versic. Iuxta quem.

3. Traditur, in quo consistat priuilegium ciuitatis in terminis. l. ciuitas. ff. si cert. petat. & intelligitur tex. ibi.

4. Ciuitas per decuriores suos, & rectores, contractus omnes gerere potest, & ex illis efficaciter obligari; sed in alienatione bonorum seruari debet iuris solennitas.

5. Probatur cum Bart. & communi, ciuitatem ex aliis contractibus præter mutuum à generali administratore suo nomine illius celebratis efficaciter obligari, quamuis in rem illius versum non probetur.

6. Ciuitas, cùm per se ipsam contrahit, id est, per concilium quæ illam repræsentat, in loco curiæ assueto fieri debet contractus; cùm verò per procuratorem, seu syndicum contrahit, contractus fieri potest quocunque in loco vbi eius celebrandi se offert occasio.

7. Traditur, ad tractandas res ciuitatis omnes de concilio vocari debere, & duabus partibus præsentibus tractari posse, & de consensu maioris partis earum debere expediri.

8. Traditur, ciuitatis negotium non posse tractari nisi duabus ad minus partibus præsentibus, quamuis absentes per contumaciam non veniant.

9. Tractatur, an ciuitas contrahendo singulos de vniuersitate obligare possit: & Bart. ac communis opinio refertur, secundùm quam obligare potest singulos, non actione contractus, sed vi legis, cuius condendæ potestatem habet. Resoluitur nu. 10. & 21.

10. Contraria Bald. opinio refertur; & Alex. distinctio bimembris ad concordiam vtriusque.

11. Traditur, ciuitatem quæ condendæ legis potestatem non habet, nec vi contractus, nec vi legis singulares personas obligare posse contrahendo.

12. Collegia fabrorum, nauiculariorum, & similia; item, confraternitates, & societates vniuersitatum quæ non habent potestatem legis condendæ, singulos de collegio, & vniuersitate, qui non contraxerunt, contractibus suis obligare non possunt.

13. Vota, & iuramenta decurionum vniuersitatis nomine facta, vi voti, aut iuramenti non ligant singulares personas quæ non consenserunt. Et, an ad seruanda promissa sub tali voto aut iuramento à communitate facta, teneantur subditi vi humani præcepti, traditur nu. 14.

15. Ciuitas non libera, ex causa necessitatis solummodò collectas subditis imponere potest; item, castrum, & quilibet populus qui per rectores suos gubernatur. Quæ verò libera est, etiam extra necessitatis casum imponere potest collectas. Et quid apud nos.

16. Ciuitas subdita potest statuta condere in publicum ipsius ciuitatis commodum inconsulto principe, secundùm Bart. & alios.

17. Ciuitas subdita non potest priuati ius & rem auferre ex causa publicæ vtilitatis.

18. Generalem legem condendo ex causa potest ciuitas priuati rem auferre, quamuis superiorem recognoscat. Inferiores verò domini in terris suis hoc non possunt, nu. 19.

20. Ciuitatis contractu, siue per illam, siue per syndicum ad id constitutum celebrato, singulares personæ nec vi contractus, nec vi legis obligantur. Limitatur vt in nu. sequenti versic. Sic etiam.

21. Intelligitur l. Cæsar. ff. de publican. & vecti-
22. galib. Et l. penult. C. de donat. inter vir. &
23. vxor. nu. 22. & l. final. C. de legib. nu. 23.

24. Ciuitas, villa, castrum, & quæcunque municipia quæ suis reguntur decurionibus, restitutionis beneficio gaudent instar minorum.

25. Ciuitas, casu quo ex mutuo obligatur, an aduersus obligationem iure minoris restitui possit, si in commodum illius versum non fuisse probetur. Et cui in casu isto probandi onus incumbat, agitur, contrariis opinionibus adductis.

26. *Probatur, ciuitatem mutuo legitimè & vtiliter contracto obligatam, aduersùs illud restitui non debere, etsi postea contingat, in rem illius non conuerti.*

Quando mutuum legitimè non est contractum, vt eo ciuitas obligetur, à mutuante probari debet, in rem illius versum fuisse. d. nu. 26. in fin.

27. *Agitur de probationis modo, vt ciuitas ex*
& *mutuo obligetur quasi in rem illius verso. &*
28. *de Bart. circà hoc sententia in l. final. ff de exercitor. act. qua communiter recipitur, & probatur.*

29. *Quando ciuitas non obligatur ex mutuo per administratorem illius recepto, creditori aduersùs administratorem actio competit. Et, an quando ciuitas tenetur quia in vtilitatem eius mutuum versum fuit, contra administratorem etiam actio competat, traditur num. 30.*

31. *Ciuitas superiorem recognoscens taciti pignoris priuilegium non habet, quod competit fisco.*

32. *Bona administratorum, decurionum, & quorumcunque magistratuum tacito pignore obligantur ciuitati pro mala administratione, ac pro eo quod ratione muneris sui illos ciuitati debere, contigerit. Idem, in tutoribus, & curatoribus minorum.*

33. *Fideiussores administratorum non subijciuntur tacito pignori, quod competit in bona ipsorum administratorum.*

34. *Pater tenetur pro filio sub sua potestate constituto ad decurionatus munus assumpto, illo sciente, & non contradicente, quasi fideiussor illius; & traduntur specialia quadam paterna istius obligationis num. 35.*

CAP. OCTAVVM.

De contractibus ciuitatum, & aliarum communitatum.

1. Ciuitates, & communitates alias, celebrare posse contractus, vel per se, id est, per concilium, & decuriones suos, vel per syndicos suos, & ex illis efficaciter obligari, tradit Bart. in l. ciuitas, & ibi Scribb. ff. si cert. petat. vbi est tex. qui hoc in mutuo dicit, quando pecunia credita in vtilitatem ciuitatis versa est; &, si non est versa in vtilitatem illius, non tenetur ciuitas mutui datione, sed administrator qui nomine illius contraxit. Quod Bart. intelligit, quando administrator, vel syndicus qui contraxit, & mutuum recepit, speciale ad hoc mandatum non habebat, si enim haberet mandatum ad mutuum recipiendum, obligabitur ciuitas quanuis in rem illius versum non sit, secundùm eum ibi num. 7. & 8. idem tenet Bald. ibi col. 2. versicul. Quid autem, Salyc. num. 4. Angel. 2. Paul. num. 7. versicul. Est, & alia limitatio, Alex. num. final. Socin. num. 5. communem dicit, & defendit Aret. ibi num. 5. Alciat. col. 2. & Butigel. nu. 23. vbi scripsit, quòd cum hac conclusione & intellectu transeunt indifferenter Doctor. & magis communem dixit Bolognin. in rubr. illius titul. si cert. petat. num. 82. versicul. Tamen intellige.

Iuxta quem sensum videtur, nullũ in hoc ciuitatis priuilegium verti, cùm & procurator priuati, mutui receptione, ad quod speciale mandatũ non habebat, illum non obliget, præterquàm si, in rem illius versum esse, appareat; videtur verò, in d. l. ciuitas, speciale quicquam pro ciuitate esse, sicut & pro ecclesia in Auth. hoc ius porrectum, in fin. C. de sacrosanct. eccles. prætereà, d. l. ciuitas, generaliter loquitur, tam in contractu mutui celebrato per syndicum, seu admistratorem ciuitatis, quàm in celebrato per concilium ipsum, quod vicem populi repræsentat, vt dixit gloss. in rubr. C. quæ sit long. consuetud. Bart. & alij in d. l ciuitas, vbi Angel. num. 2. gloss. illam singularem vocat, & quòd non est alibi, pro qua Butigel. in d. l. ciuitas,

ciuitas, nu. 5. citat. tex. in §. Senatuscõsultum, in fine instit. de iur. natural. & gloss. similem in l. sed si ex dolo §. 1. verb. facere possunt, ff. de dol. Quinimò, litera tex. d. l. ciuitas, hunc casum magis sonat ibi, *Alioquin ipsi soli qui cõtraxerunt. &c.* quæ verba decurionibus, & rectoribus ciuitatis magis conueniunt, quam syndico illius; quod ergo decuriones per se ipsos facere non possunt, æquè non poterunt per syndicum, seu administratorem ad id specialiter à se delectum. Vnde, tam in casu quo mutuum per concilium ipsum contractum est, quàm cum per administratorem speciale ad id mandatum habentem, videtur tenendum, ciuitatem non aliàs obligari, quàmsi in rem illius versum appareat, vt contra Barr. & communem magis probat Fulgos. d. l. ciuitas, num. 3. & 4. & Rom. ibi n. 10. & in ciuitate non libera tenet Alc. ibi d. col. 2. vers. Sed ego.

2 Cæterùm, communis sententia tenenda est; quam vel saltem illa ratio magnopere suadet, quia si ciuitas ex mutuo á se recepto, vel ab administratore, aut syndico suo speciale ad id mandatum habente non obligaretur, nisi constito, quòd in rem illius versum fuisset, difficilè inueniret, qui mutuaret sibi vellet quod in incõmodum illius, magnumquè detrimentum non rarò cederet, contra reg. l. quod fauore C. de legib. præterea, qui concilio, ciuitatis nomine, quam repræsentat, aut alij de mandato illius pecunias suas mutuo daret, malum pro bono reportaret, authoritate publica circunscriptus, contra l. 1. C. de his qui ven. ætat. impetrauer. Denique, pro hac sententia adducũt Barr. & alij l. habebat ff. de institor. act. & l. 1. §. non autem ff. de exercit. quæ, etsi in priuatis administratoribus loquantur, in publicis etiam accipi debent, quandiu speciale ius in illis constitutum non apparet; quod ius speciale in his casibus non importat d. l. ciuitas, intellecta prout sup. cũ Bart. & communi.

3 Et nõ obstat, quòd, retẽta sententia ista, nullo priuilegio videtur ciuitas gaudere in casu d. l. ciuitas, quo argumento Fulgos. & Roman. contra communem mouentur; nam etsi id fateremur, nullum sequeretur inconueniens, cúm priuilegiatæ aliàs personæ, in omnibus iuris articulis priuilegio aliquo vti, necessè non sit, prætérquàm in ijs, in quibus specialiter priuilegiatę reperiuntur, vt in terminis d. l. ciuitas, tradit Butigel. ibi nu. 20. Deinde respondetur, priuilegiũ ciuitatis in d. l. ciuitas, & ecclesię in d. Auth. hoc ius porrectum, in fin. in hoc consistere, quod procurator generalis cum libera à priuato constitutus, mutuum illius nomine recipiẽdo obligat eum; at verò eiuscemodi procurator mutui receptione non obligat ciuitatem, & ecclesiã, nisi probetur in illius commodum versum; quo casu communiter intelligitur d. l. ciuitas, vbi Socin. d. num. 5. ad argumentum ita respondet, & Aret. ibi n. item 5. circa initium. Non obstant etiam verba tex. sup. relata, quæ nõ minus decuriones ipsos, id est, concilium, quã syndicos, seu administratores alios comprehendere, videntur; nam de simplicibus administratoribus sunt intelligenda, & non de decurionibus qui ciuitatem ipsam repręsentant, vt eleganter interpretatur Butigel. ibi num. 6. versic. Ad primum, ponderans verba illa, *Alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non ciuitas tenebuntur*; si enim decuriones, id est, concilium, ciuitatis nomine cõtraxissent, non congruè diceretur, eos solos qui contraxerunt, teneri, non ciuitatem, cùm ciuitatem ipsam quam conciliũ repræsentat, contraxisse, verum esset.

Et hic quidem intellectus ad d.l. ciuitas, facilè procedit, quia & rationi cõgruit, & literæ tex. Sed nõ ita ad tex. in ecclesia loquẽtem in d. Auth. hoc ius porrectum. Quarè, quid in ea dicendũ sit, sequenti capite trademus.

4 Ex prędicto autem communi intellectu & sententia planè constat, ciuitatem per decuriones & rectores qui vicem illius gerunt, cõtractus omnes gerere posse, & ex illis efficaciter obligari, vt tenuit Bart. d.l. ciuitas, nu. 2. cum quo transeunt omnes secundùm Butigel. ibi nu. 6. in principio. Si enim ciuitas per alium hoc potest, id est, per syndicum, seu administratorem ad id specialiter constitutum, multòmagis poterit per se ipsam id est, per concilium, quod illã repræsentat. Bona tamen ciuitatis conciliũ per se solum alienare non potest, sed debet seruari solẽnitas de qua in l. fin. C. de vendẽd. reb. ciuitat. lib. 11. quam ad quatuor requisita reducit Surd. cons. 28. incip. Conãtur particulares, nu. 82. lib. 1. vbi alios refert, & de materia per eum in numer. sequentib.

5 Quinimò, & alios cõtractus præter mutuum, per generalem administratorem, ciuitatis nomine posse fieri, ita vt ex illis ciuitas obligetur, etsi in rem eius versum non probetur, intellecta d.l. ciuitas, tantũ in mutuo in quo loquitur, tenet Bart. contra gloss. fin. ibi in l. 1. C. de vendẽd. reb. ciuit. lib. 11. quam gloss. ab omnibus explosam dicit Alex. d.l. ciuitas, col. 2. vers. Sed quid, & alijs citatis sequitur Ias. ibi n. 15. vbi gloss. illam, quam singularem & solitariam vocat, falsam dicit, & quòd eam reprehendit Bald. Imol. & alij in cap. 1. de deposit. vbi Innoc. nu. 1. in ecclesia, & ciuitate loquẽs hoc ipsũ probat, & Abb. ibi n. 9. qui Innoc. dictũ notabile vocat, & quotidie allegatum, & specialitatis rationẽ in mutuo esse, dicit, quia prælati sunt promti ad recipiendũ mutuũ, & feneratores prõptiores ad mutuandũ; idcircò oportuit, speciali modo circà mutuũ, ecclesijs, & ciuitatibus prouidere; sequitur Molin. de Iustit. & Iur. disput. 300. n. 7. tom. de contractib. & in nu. sequẽti idẽ tradit ex Bart. & communi in d.l. ciuitas, in tutoribus, & curatoribus minorũ, quod repetit disput. 531. prope fin. eod. tom. Gutier. de tutel. & cur. 2. part. c. 22. nu. 11.

Et quidem quod ad ciuitatem attinet, de qua nunc agimus, hęc sententia tenenda est, tum, quia priuilegium specialiter indultum ad causam mutui, in d.l. ciuitas, non debet extendi ad alios contractus in quibus ciuitas priuilegiata sic non reperitur, iuxta regul. l. quod verò ff. de legib. maximè stante differentiæ ratione inter hunc & illos, quam adducit Abb. d. c. 1. n. 9. & Molin. d. disputat. 300. nu. 7. tũ etiã, quia specialiter cautũ est, vt ciuitatis administratore, etsi generale habeat mandatum cum libera, mutuum ciuitatis nomine contrahente, ciuitas cõtractu ipso nõ obligetur, quia tale mãdatum speciali quodam ciuitatis fauore ad contrahẽdum mutuum nõ creditur inductum; quo factum est, vt si speciale ad id mandatum cõcedatur, ciuitas obligetur, iuxta communem sententiã & intellectum ad d. l. ciuitas, de quo sup. Si ergo, nec contractibus alijs ciuitas obligaretur ex cõtractu administratoris, sequeretur, quòd generale administratoris mandatum cum libera administrandi facultate, non liberum, sed nimis coarctatum maneret, aut etiam superuacaneum, & verbale magis, quam reale mandatum esset, siquidem contrahendi facultas illo contenta in nullo verificaretur contractu, si ciuitas nullo obligaretur, nisi quatenus locupletior facta esset; quia obligatio ista non tam iure cõtractus, quã, & illo secluso, iure

natuaæ

naturæ venit. l. nam hoc natura. ff. de condict. indebit. Dicendum est ergo, administratoris mandatum, in alijs operari contractibus, in quibus operatur priuati administratoris simile mandatum, excepto mutuo, in quo ciuitatis fauor versatur.

6. Est autem aduertendũ, quòd cùm ciuitas per se contrahit, contractus geri debet in loco curiæ, quia ea quę ad ciuitatem pertinent, in loco publico & assueto per decuriones tractanda sunt, vt probat tex. in l. 2. C. de decurionib. lib. 10. ibi, *Decurionibus solenniter in curiam conuocatis*, vbi notat Bart. num. 7. l. penult. in fin. & l. sequenti. C. de legationib. eod. libr. & vtrobique Scribb. vnde, & in loco curiæ decuriones citandi sunt, vt notat Luc. de penn. in d. l. 2. numer. 4. versicul. Et nota, pleniùs in l. prouincialium, num. 3. C. de erogation. militar. annon. lib. 12. & ibi num. 5. tradit, quòd si vniuersitas congregari non vult, vt citetur, debet executor legere in platea citationem, aut mandatum. At verò administrator ciuitatis, nomine illius contractum ritè gerit, vbi contrahendi se offert occasio. Nec sic euenit, ciuitatem plus posse per alium, quàm per se ipsam, cùm per procuratorem contractum gerere vbique posit, & per se ipsam, per decuriones, scilicet, qui talem constituerunt procuratorem, eundem illũ contractum gerere nequeat extra assuetum curię locum; nam ciuitas, verè quidem per se potest, quod per alium potest, cęterùm à decurionibus & concilio non repræsentatur nisi in loco publico, in quem conueniri solent ad ea quæ sunt vniuersitatis tractanda, & agenda; ideoquè extra illum res ciuitatis agere nequeunt, quia extra illum ciuitatis vice non funguntur; at verò syndicus, procurator, & administrator ciuitatis, eandem vbique muneris sui personam gerunt, & ideo quocunque in loco expedire ea possunt quæ ad munus suum pertinent, sicut & in loco illo concilium posset, si in loco illo ciuitatis personam repræsentaret.

7. Non tamen est necessarium, omnes qui sunt de concilio adesse, sed sufficit, duas partes pręsentes esse. l. nulli, cùm leg. sequenti. ff. quod cuiusque vniuersit. nomin. l. nominationum. C. de decurionib. & satis est, præsentium maiorem partem consentire, vt tradit gloss. in d. l. nulli, & in l. quod maior. ff. ad municipal. & in l. aliud. §. refertur. ff. de regul. iur. Bart Bald. Angel. num. 5. & communiter Scribent. in d. l. nulli, Abb. & alij in c. cùm omnes, de constitution. vbi Dec. 1. lect. num. 11. communem dicit, quam etiam de iure Canonico defendit contra Imol. ab eo citatum in c. final. de maiorat. & obedient. col 3. versicul. Item not. contrarium eo iure probantem. Hoc verò intelligitur, dummodò vocentur omnes; & si vocati non venerint, duabus partibus præsentibus res vniuersitatis tractabitur, & de consensu maioris earum partis expedietur, vt tradit Bart. in d. l. nulli, in fin. & in d. l. quod maior, in princ. & in l. omnes populi, col. 5. in meo libro, versicul. Quæro secundò principaliter, nù. 16. ff. de Iust. & Iur. Abb. d. c. cùm omnes, nu. 12.

8. Et licèt Abb. in num. sequenti hoc limitet ex communi Canonistarum, contra Bart. & Legistarum communem, vt ille ait, vt non procedat quando absentes per contumaciam non venerunt, quo casu poterit actus expediri à pręsentibus tametsi duas partes nõ impleant, Bart. tamen sententiam indistinctè, vt veriorẽ probat Dec. d. c. cũ omnes, n. 11. in fin. quia ex contraria sequeretur, penes duos, aut tres præsẽtes, reliquis per cõtumaciã

absentibus, totius vniuersitatis ius residere, quod absurdum videtur. Addo in confirmationem. d. l. nominationum, in fin. vbi traditur, duas partes, totius curiæ instar haberi; & sic nunquam minus quàm duæ partes adesse debent, vt negotium à tota curia actum censeatur. Et non obstat, quòd vniuersitas, & ius eius etiam in vno conseruari potest l. sicut. §. final. ff. quód cuiusque vniuersit. quia respondet Dec. nu.12. illud verum esse quando alij non reperiuntur; verum enim est, omnes de concilio, & de vniuersitate adesse, si non plures sint quám duo, aut tres, alijs fortè demortuis, aut peregrè absentibus, similiter, etsi vnus tantùm reperiatur; quo casu procedit tex. in d.l. sicut. § final. qui diuersus est à pręsenti.

9. Non solùm autem ciuitas circà bona propria contrahere potest, sed etiam circà bona & personas singulorum de ciuitate illa, ita vt vniuersi & singuli contractu obligentur, vt tradit Bart. in d.l. ciuitas, num. 4 & 5. ff. si cert. petat. vbi ait, tunc contractum singulos obligare, non iure obligationis ex eo nascentis, quia contractus, & obligationes ex illis ortæ contrahentium personas, & hęredes eorum non egrediuntur, sed vi legis, quam sortiuntur contractus ciuitatis, quę condendæ legis potestatem habet, vt principis contractus, l. Cæsar ff. de publican. & vectigalib. l. penult. C. de donat. inter vir. & vxor. quam Bart. doctrinam sequuntur Angel. in d.l. ciuitas, in lect. num. 4. versic. Vltimò scias, idem tradit Bart. in d.l. penult. num. 3. & in l sicut, in princip. ff. quod cuiusque vniuersitat. nomin. & in l. 4. §. actor, num. 9. ff. de re iudic. vbi Ias. num. 23. versicul. Circà primam, veram, & communem conclusionem dixit, communem etiam fatetur Alc. d. l. ciuitas, ad fin. & cum ea transit Mantic. de ambig. conuent. lib. 3. titul. 10. num. 58. tom. 1. quam Fulgos. in fin. Rom. nu. penult. d.l. ciuitas, & Socin. ibi num. 7. Ias. nu. 10. & sequenti intelligunt, quando contractus obligatio, generalis est in singulos omnes, secus verô si dirigatur in certam aliquam, vel certas personas, quia non tenebuntur, non ex vi contractus, quia contractus vnius non obligat alium, nec ex vi legis, quia lex, non debet esse particularis, sed generalis. c. erit autem lex. 4. distinct. & sic accipiunt gloss. magnã, versicul. Item & ad hoc vt vniuersitas in l. 2. C. quæ sit longa consuetud. Hanc tamen distinctionem reprehenso Ias. qui eam fusiùs probauit, confutat Butigell. d. l. ciuitas, num. 15. ex eo quia lex publicæ vtilitatis causa ferri debet, & non propter priuatum commodum; hoc enim est quod probat tex. in d. c. erit autem lex; euenire autem potest, vt publicæ vtilitatis causa postulet, vnum de populo obligari, & non reliquos; & tandem idem Doctor post multa in quęstione adducta, Bart. conclusionem probat ibi num. 18. non tamen ex ratione, qua ille, & Sequaces probauerunt; sed quia decuriones totam ciuitatem repræsentant, & ideo contractus ab illis celebratus, iuris interpretatione cum singulis personis de ciuitate illa initus censetur.

Quæ tamen Butigel. ratio non satisfacit; alia est enim persona vniuersitatis, alia singulorum. l. in tantùm. §. vniuersitatis. ff. de rer. diuis. l. sed si hac §. qui manumittitur ff. de in ius vocand. l. sicut, versic. Si quid. ff. quod cuiusque vniuersit. nomin. Doctor. in c. cùm omnes, de constitution. & alios referens tradit Surd. cons. 28. num. 2. lib. 1. & decuriones, seu concilium nõ repræsentant singulos ciuitatis ciues, seu incolas, prout singulares personæ sunt,

ſunt, ſed ciuitatem ipſam, prout vniuerſitas eſt. Atque ita apparet, quòd prædicta Bart. & communis ſententia, ex vi contractus ſuſtineri nequit, quo vnus alium ſecum non contrahentem obligare nequit, ſed potiùs ex vi legis, cuius condendæ poteſtatem vniuerſitas habet; in habente enim huiuſmodi poteſtatem Bart. & communis loquitur.

10. Verùm, & in hac contrariam ſententiam tenet Bald. in l. 1. num. 2. C. ne fil. pro patr. Salyc. in d. l. ciuitas, num. final. Paul. ibi num. 6. & 7. & mouetur Bald. quia etſi ciuitas condendę legis poteſtatem habeat, alia tamen eſt forma creandę legis, alia celebrandi contractus; & in dubio, contractus non creditur condendę legis animo celebrari, & qua mente aliquid fiat, animaduertere, conuenit l. penult. ff. ad exhibend. Alex. verò in d. l. ciuitas, col. fin. præſentem articulum dubium reputat, & poſt multa, pro, & conrra, adducta, tandem vtramque ſententiam diſtinctione componit, vt prima procedat in ciuitate non recognoſcente ſuperiorem, quæ locum principis tenere dicitur, vt ibi per eum, in quo loquitur d. l. Cæſar. ff. de publican. & vectigal. & d. l. penult. C. de donat. inter vir. & vxor. poſterior veró, in ciuitate ſuperiorem habente; & ita etiam tenet Alc. d. l. ciuitas, prope fin. Sed hęc diſtinctio non tollit rationem à Bald. adductam in d. l. 1. quæ locum æquè habet in ciuitate ſuperiorem non recognoſcente, & in ipſo ſupremo principe, quia cùm contrahit, in dubio non cenſetur, condendæ legis animo id agere.

11. Quarè, in hoc ancipiti articulo, in quo Doctor. ita variè reſponderunt, dico primó, communitatem quæ condendæ legis poteſtatem non habet, contrahendo ipſius communitatis, ſeu vniuerſitatis nomine, non poſſe obligare perſonas, & bona eorum qui contractui non cōſenſerunt. Hęc concluſio è mente omnium eſt; nam Bart. & qui eum ſequuntur, loquuntur in vniuerſitate habente poteſtatem legis condendæ, quæ enim talem poteſtatem non habet, ſingulares perſonas non poteſt obligare cōtractu à ſe inito, vt Bart. ipſe expreſsè determinat in l. ſicut, num. 2. ff. quod cuiusque vniuerſit. & in l. 4. §. actor, num. 9. ff de re iudicat. & in l. penult. in fin. C. de donat. inter vir. & vxor. & ratio concluſionis eſt, quam Bart. aſsignat d. l. ciuitas, num. 5. quia alia perſona eſt populus, ſeu vniuerſitas, & aliæ, perſonæ ſingulares ipſius populi, & vnus non poteſt alium obligare. l. ſi vnus. §. ante omnia. ff. de pact. in tantùm, quòd nec totus populus vnum inuitum obligare poteſt, iuxta notata per gloſſ. magnam in l. 2. C. quę ſit long. conſuetud. tex optim. in l. ſi priuatus. ff. qui, & á quib. Porrò, obligatio ex vi legis ſubintelligi nequit, quando ij qui contrahunt, aut qui ad contrahendum, ſyndicum cōſtituunt cum facultate ſingulares populi perſonas obligandi, condendæ legis poteſtatem non habent.

12. Ad hanc concluſionem pertinent collegia fabrorum, piſtorum, nauiculariorum, & ſimilium, quę iure minoris nō vtuntur, de quo per Odd. de reſtitut. in integr. 1. part. quæſt. 3. artic. 12. nec priuilegio d. l. ciuitas, vt tradit Bald. ibi col. 1. verſicul. Tu ergo dic, Alex. num. 3. & plerique, ſecundùm Alc. ibid. circà princip. verſicul. Quòd ſi aliqua. Et quanuis tale collegium ſit, quod iure minoris fruatur ad impetrandam reſtitutionem, ex quo, iure d. l. ciuitas, gaudet, ſecundùm Bald. loco citato, ſi non habeat poteſtatem ſtatuti condendi ad hanc etiam concluſionem pertinebit; cùm & quęlibet vniuerſitas quę tali po-

testate caret, ad eam pertineat, quanuis aliás iure minoris fruatur, secundùm Bart. & omnes. Quarè, confraternitates, & societates aliquarum certarum nationum, cuiusmodi sunt plures alienigenarum in ciuitate ista, si contrahant, etsi maior confraternitatis, aut societatis pars, totius nomine contrahat, ipsi soli qui contraxerunt, & non alij, tenebuntur.

13. Dico secundò, actibus merè personalibus, ita vt eorum obligatio nec transeat in hæredes agentis, singulares personas quæ illis non consenserunt, non posse obligari á communitate, etiam quæ legis condendæ potestatem habet, cuiusmodi sunt iuramenta, & vota decurionum, vniuersitatis nomine facta; quorum obligatio non acceptantes non ligat iuramenti vinculo, & voti, vt in iuramento tradit Pater Suar. de Religion. tom. 2. tract. 5. lib. 2. c. 31. num. 11. & in voto, idem Author eod. tom. tract. 6. lib. 4. c. 9. num. 10. Azor instit. moral. lib. 11. c. 16. versicul. Decimoquintò quæritur. 1. tom. Thom. Sanch. in iuramento, & in voto, in præcept. Decalog. lib. 3. cap. 13. à num. 1. & libr. 4. cap. 15. quæst. 2. ex num. 14. Cuius sententiæ ratio est, quia alia est persona vniuersitatis, & alia singulorum; & ideo, ea quæ natura sua personę agentis ita adhęrent, vt de illa ad aliam non transeant, etiam quæ fictione legis, eadem cum illa censetur, vt se habent hæres, & defunctus in cuius locum succedit, qui personalibus defuncti votis non obstringitur, vt per Azor. d. versicul. & sequenti, Sanch. in iuramentò, & voto, locis citatis, non potest vniuersitas iure potestatis suæ efficere, vt transeant in singulares personas quæ non consenserunt.

14. Addit verò Suar. quòd, etsi propria vi voti, aut iuramenti singulares populi personę nō obligentur, obligabuntur tamē ad seruanda promissa sub tali communitatis voto, aut iuramento, virtute humani præcepti, propter potestatem quam in subditos communitas habet. Circà quam insignis Doctoris sententiam aduerto primò, quòd accipienda est de communitate quæ ius & potestatem condendæ legis habeat; si enim tali careat potestate, nec vi legis, quam illa statuere non potest, nec vi conuentionis, qua alius alium obligare nequit, ad seruanda communitatis promissa sub voto, aut iuramento, singuli tenebuntur, vt sup. in præcedente conclusione, ex communi omnium mente probatum manet. An autem sic intellecta prædicta sententia probanda sit, pendet ex vera principalis quæstionis resolutione, de qua per Bart. & alios in locis sup. citatis, quam subiectis præsentibus conclusionibus indagamus. Interim verò censeo, diuersam esse voti, & iuramenti causam; votum enim, iuxta cōmunem Theologorum, ac Canonistarum definitionem, quam tradit Nauarr. in manual. cap. 12. num. 24. non est aliud, quàm promisio de bono aliquo maiori deliberatè Deo facta, vnde remota vi & obligatione voti ab illis qui non vouerunt, nec factum à communitate votū acceptauerunt, vt Vir doctisimus remouet, quia personalis est actus, & ipsam votiuam promisionē excludi, necesse est; qua sublata, obligationis materia nō reperitur. Quod in iuramento secus est; nam etsi iuramenti vim & vinculum remoueamus, manet promisio ipsa sub iuramento facta suis viribus subsistens, quę à iuramento diuersa est, & distincta, à quo substantiam non capit, sed maiorem pro sui obseruantia securitatem. Stare ergo bene potest, vt iuramenti vis & religio non adsit, &

iuratæ

iuratæ promiſsionis humana maneat obligatio; quod & in conditione iuriſiurandi á teſtatore iniuncta cernitur; qua iuris auxilio remiſſa, manet obligatio dandi, aut faciendi id, quod ſub ea teſtator dare, aut facere præcepit, pro conſequendo relicto. l. quæ ſub conditione. §. quoties. ff. de condition. inſtit. l. hęc ſcriptura. ff. de condition. & demonſtrat. non veró ſtare ſic poteſt votiuæ promiſsionis obligatio, vbi voti vis, & obligatio non ſubſiſtit.

15. Dico tertiò, collectas â ciuitate etiam non libera imponi poſſe ex cauſa neceſsitatis quam ciuitas ipſa patiatur; ſed cùm neceſsitas non ſubeſt, non poteſt ciuitas collectas imponere etiam propter publicam vtilitatem, abſque principis licentia; ita tradit Bart. in l vnic. num. 24. C. de mulierib. & in quo loc. lib. 10. notatur in l. 1. §. quòd ſi nemo, vbi gloſſa verb. proconſul, in fin. ff. quod cuiusque vniuerſitat. Felin. in c. cùm omnes, num. 16. de conſtitutionib. Thom. Parpal. in repetit. l. placet, à nu. 29. C. de ſacroſanct. eccleſ. Teſſaur. deciſ. Pedemont. 257. nu. 4. Et ponunt exēplum in collecta pro debito communitatis ſoluendo, quando communitas non habet in communi vnde ſoluat; de quo Bart. in l. 4. §. actor. ff. de re iudic. & ibi Iaſ. nu 20. Quòd ſi ciuitas ſuperiorem non recognoſcat, etiam extra neceſsitatis caſum collectas ſubditis imponere poteſt, inſtar ſupremi principis, ad quem ius hoc pertinet, quod ex regalibus eſt, vt in titul. Quæ ſunt Regal. in vſib. feudor. tradit Bart. d. l. vnic. nu. 24. Parpal. d. l. placet, nu. 29. & ſequenti, inde inferens, dominos inferiores non poſſe regulariter onus collectę imponere ſubditis ſuis, niſi in ſex caſibus de quibus per Specul. ab eo citatum in titul. de ſentent. §. quoniā, verſic. Et nota quòd vaſalli, & Ioan. Andr. ibi. Ex cauſa tamen neceſsitatis, ciuitatibus ius hoc cōmuni iure conceſſum eſt, ſecundùm Bart. & alios de quibus ſup. & idem eſt in caſtro, & populo alio, qui per rectores ſuos gubernatur, ſecundùm Parpal. d. nu. 29. quasi tunc neceſsitas legi non ſubijciatur, vt aliâs ſæpe, iuxta notata per gloſſ. in l. 1. verb. expedire. ff. de offic. proconſul. Apud nos veró ſtrictiùs circá hoc cum ciuitatibus agitur, quia nec ex neceſſaria cauſa collectas imponere poſſunt, niſi Principe conſulto, & de eius licentia, ſeruata forma Ord. lib. 1. titul. 66. §. 40.

16. Atque ita apparet, plus poſſe ciuitatem in ſtatutis cōdendis, quám in imponēdis collectis; nam ſtatuta in publicum ipſius ciuitatis commodū condere poteſt inconſulto principe cui ſubdita eſt, collectas verò in id ipſum imponere, niſi de illius licentia, non poteſt. Quod vltimū conſtat ex proximè adductis; primum veró, ex traditis per Bart. in l. ómnes populi, col. 2. quęſt. 1. ff. de iuſtit. & iur. & Scribb. ibi, vbi Iaſ. in lect. num. 2. & in repetit. nū. 7. per tex. ibi, & in §. ius autem ciuile, inſtit. de iur. natural. Bart. in l. Antiochenſium. ff. de priuileg. creditor. Canoniſt. in c. quæ in eccleſiarum, vbi Dec. nu. 4. & 11. de conſtitution. vbi ampliat poſt Abb. ibi etiam in villa, aut caſtro ciuitati ſubiecto; idquè etiam ſi ſtatutum ſit contra ius commune, vt per eum d. nu. 4. Quod non placet Suar. qui his populis condendæ legis poteſtatem, ita vt ſtatuta per eos vi legis valeant, omnino negat; nec talem vtique poteſtatem ciuitatibus etiam maximis, non tamen ſupremis, concedit, vt videre eſt apud eum, tractat. de legib. lib. 3. c. 9. nu. 17. cum ſequentib.

17. Quartò dico, ciuitatem quæ ſuperiorē recognoſcit, nō poſſe priuati ius, & rem auferre publicæ vtilitatis

tatis causa. l. toties, in fin ff. de pollicitationib. frequens enim quæstio de tollendo iure priuati ex causa publicę vtilitatis, in principe agitari solet, in quo loquitur tex. in l. Lucius. ff. de euiction. & tex. sic intelligendus iuxta gloss. in d. l. Lucius, in l. litē si verberatũ. §. 1. versic. Item si fortè. ff. de rei védicat. & in eo, ac ciuitate libera, quæ vicem illius gerit, quęstionē proponit Zeuall. quá diffusè egit. 4. tom. cõm. cõtra cõm. q. 906. quę est finalis ibi, sic planè insinuans, quæstionem de auferenda re priuati ob publicam vtilitatem, non pertinere ad ciuitatem quæ superiorem recognoscit, sed ad liberá, supremumue principem, quod nuncupatim tradit Alberic. in l. quoties. C. de precib. Imperat. offerend. quem refert, & sequitur Paul. ibi numer. 2. versicul. Adde vnum quod est notandum.

18. Et nõ obstat quod tradit Bart. in proæm. Digestor. in init. nu. 5. vbi scripsit, ciuitatem, etiã legē cõdendo dominium rei meæ sinè causa auferre non posse, & sic intelligit. d. l. toties, in fin. & l. si priuatus. ff. qui & à quib. quam non esse alibi, dicit; atque ita sentit, ciuitatem ex causa priuati rem auferre posse, & vtique etiam in non libera hoc sentit; sed non obstat, vt dixi, quia loquitur in ciuitate per statutum rem priuati auferente, quod eam sinè causa facere non posse, dicit Bart. vt in Imperatore prædixerat nu. præcedente in fin. vnde argumentũ à contrario sensu in eisdem statuti terminis ex mente Bart. sumendum est, quasì velit, quòd existente causa possit ciuitas, statuto rem priuati auferre; & tunc quidem vniuersali statuto poterit hoc ciuitas, non particulari in rem alicuius, vt idem Bart. expreßè voluit in d. l. Antiochensium. ff. de priuileg. creditor. & in d. l. toties. Sic etiam accipiendus est Dec. qui Bart. citatis locis refert, & sequitur d. cap. quæ in ecclesiarum, num. 24. de constit. vbi in idem Bald. sententiam expendit in l. 2. colum. 7. versicul. Item nota quòd si Papa, C. de seruit. & aq. & in l. rescripta, colum. final. versicul. Tertiò quærunt Doctor. C. de precib. Imper. offerend. Et plus potest ciuitas generalem legem condendo, quàm sinè ea iubendo, vt circá collectarum impositionem tradidimus sup. Vnde, ex eo quòd lege generali rem priuati auferre poßit, non infertur, tantundem sinè ea posse, etiam ex causa publicę vtilitatis.

19. Conducunt tradita per Dec. d. num. 24. versicul. Quartò, prædicta conclusio, vbi, communem conclusionem, quòd princeps ex causa rem suam alicui auferre poßit, ex Scribent. ibi sententia limitat, vt non procedat in alijs inferioribus dominis, qui etiam ex causa rem suam auferre subditis suis non possunt; imò, nec generale statutum faciendo in terris suis inferiores domini hoc possunt, quanuis ciuitas sic poßit, vt per Dec. d. num. 24. versicul. In inferioribus verò, vbi differentiæ rationem aßignat.

20. Quintò & vltimò dico, resoluendo quæstionem principalem, ciuitatem contrahendo, siue per decuriones suos, siue per syndicũ specialiter ad id constitutum vt singulares personas, & bona earũ obligare possit, nõ posse regulariter eas, nec bona earũ contractu obligare, nec ex vi cõtractus, vt Bart. agnoscit, nec ex vi legis, contra id quod ille, & Sequaces existimauerunt in d. l. ciuitas. ff. si cert. petat. quanuis enim ciuitas cõdendæ potestatis legē habeat, tamē aliud est, contractũ gerere, aliud, legem condere, & ideo agendo illud, non censetur hoc intendere, quod diuersum ab illo est, & actus agentium non debent

debent operari vltra eorum intentionem. l. non omnis. ff. si cert. petat. sed qua mente aliquid fiat, animaduertere conuenit. l. penult. ff. ad exhibend. quo fundamento hanc sententiam contra Bart. probauit Bald. in d. l. 1. C. ne fil. pro patr. quam tenent alij sup. citati; & saltem in ciuitate superiorem recognoscente tenenda est, & confirmatur in casu isto ex ijs quæ dicta sunt in duabus præcedentibus conclusionibus.

21. Et non obstant ll. in contrarium adductę, quibus Bart. motus est, nempe, l. Cæsar. ff. de publican. & vectigal. & l. penult. C. de donat. inter vir. & vxor. nam d. l. Cæsar loquitur in principe contrahente super iuribus suis, & super eisdem, fauore contractus generalem legem dicentis; atque ita, cùm de potestate, & voluntate principis contrahentis constet, cessat fundamentum prædictum, & non mirum, si contractus vigorem legis assumat, quæ subditos liget. Sic etiam, si ciuitas cum aliquo contrahat super victualibus, & alijs vtensilibus, super quibus in suorum ciuium prǫiudicium statuere potest, vt tradit Luc. de penn. in l. nominationum, nu. penult. C. de decurionib. lib. 10. Cabed. noster decis. 74. nu. 3. & 4. tom. 1. & in contractu adijciat, ne quis his se immisceat, tenebuntur ciues abstinere vi legis in contractu dictæ, & hoc si in illo eadem interuenit solennitas, quę in condendo statuto requiritur; quo casu Bart. sententiam recepit Bald. in d. l. ciuitas, col. 2. versicul. Sed an ciuitas, & tenenda est his duobus concurrentibus, nempe, quòd in cōtractu lex super his, super quibus ciuitas statuere potest, generaliter in ciues dicta sit, & quòd interueniat solennitas requisita ad statutum condendum.

22. Ad d. verò l. penult. vbi dicitur, Imperiales cōtractus, legis vicem obtinere, respondetur, id intelligi ad soliditatem, seu validitatem contractus, quam aliás secundùm ius ordinarium non habebat, vt in casu de quo ibi, qui est de donatione inter coniuges, quæ secundùm leges non valet, & tamen facta à Cæsare Augustæ coniugi, vel econtrá, validitatis robur contractu ipso, quasî speciali ad id lege communis legis dispensatiua, suscipit ex voluntate principis, qui sic velle creditur, vt valeat actus quem gerit, & quod vult, potest; & ita d. l. penult. cum Bald. Paul. & Alex. ab eo citatis intelligit Dec. d. l. ciuitas, num. 6. versicul. Non obstat tex. vnde non bonum inde deducitur argumētum ad principis contractum, qui valet iure ordinario, vt & generalis legis vicem obtineat, qua non eget, vt valeat.

23. Non obstat denique. l. final. C. de legib. vbi, traditur, principis sententiam in vna causa latam, legem esse ad decisionem similium; alia est enim contractus ratio, alia sententiæ iudicialiter pronunciatæ, quia contractus natura sua, priuata est actio, & à priuatis geritur, & à principe, vt à priuato; at verò iudicialis cognitio & determinatio pertinet ad publicos magistratus, & quia princeps, magistratus est publicus, & omnium supremus, penes quem condendæ legis residet potestas, causam cognitionaliter examinando & decernendo, secundùm legem decernere, creditur, quam, etsi in casu illo scripta non sit, ferre ille poterat pro decisione illius; idcircò, non mirùm, si eius decisio vicem legis subeat, & non subeat eandem contractus ab illo gestus, propter diuersitatem rationis, quam bene inculcat d. l. final. præsertim ibi, *vel quis tanto superbiæ fastigio tumidus est, vt regalem sensum contemnat.*

24. Nunc,

24. Nunc, postquàm diximus de obligatione ciuitatis & contractu illius, consequens est, vt videamus de restitutionis auxilio illi competente; quod beneficium ciuitati competere, sicut minori competit, & ecclesiæ, probatur in l. Respublica. C. quib. ex caus. maior. l. penult. C. de iur. reipubl. lib. 11. cum gloss. vtrobique communiter recepta, vt sup. tradidimus cap. 1. num. 31. pro qua sententia dixit Odd. de restitution. in integr. 1. part. quæst. 3. artic. 9. num. 62. esse tex. expressum in l. 1. C. de offic. eius qui vicem alicuius iud. vel præsid. obtin. quem contra Fulg. ibi intelligit. Nec solùm ciuitas, sed & villa, & castrum, & municipia alia eodem iure vtuntur, vt tradit Ias. in l. vt inter diuinum, num. 16. C. de sacrosanct. eccles. Cald. in l. si curatorem, verb. minoribus, num. 61. ad fin. C. de in integr. restit. minor. & communiorem, ac receptiorem sententiam dixit, á qua in consulendo, & iudicando non sit recedendum Mauric. de restitut. in integr. cap. 417. num. 7. communem etiam dicit, & sequitur Odd. d. quęst. 3. artic. 10. vbi plurimos pro ea nuncupatim allegat. Et gloss. opinio in d. l. Respublica, in castro, & villa contrarium tradentis, quam, miror, pro cõtraria sententia citasse Ias. d. num. 16. accipienda est in illis quæ de ciuitatis alicuius territorio sunt, eiusquè iurisdictioni subdita, vulgò, *aldeas*, dicimus; quę enim de alterius territorio & iurisdictione non sunt, sed suis reguntur rectoribus, seu decurionibus, appellatione reipublicæ continentur, & eadem in illis datur ratio ad restitutionis beneficium promerendum, quæ in ciuitate.

25. Posito ergo, quòd ciuitas restitutionis beneficio gaudet aduersus contractus in quibus lęsionem passa est, intrat quæstio de restitutione aduersus mutuum quando eo ciuitas obligatur, tametsi in vtilitatem illius non fuisset conuersum, vt euenit quando per decuriones, vel per administratorem cum speciali ad id mandato suscipitur, iuxta Bart. & communem sententiam in d. l. ciuitas. ff. si cert. petat. de qua sup. vbi Fulgos. num. penult. scripsit, quód, si Bart. sententia, & qui eum sequuntur, forsitan tenenda sit, restitutionis auxilio temperari debet, vt eo ciuitas aduersus mutui obligationem iuuetur in illis casibus, si in vtilitatem illius conuersum non fuerit; & cum alijs ab eo relatis sequitur Couar. lib. 2. variar. c. 17. nu. 3. ad fin.

De probationis verò onere in casu isto controuertunt Doctor. alij in creditorem illud reijcientes, è quibus est Couar. loco citato; alij onus hoc in casu prædicto imponunt ciuitati; quæ fuit Angel. sententia in d. l. ciuitas, in lect. num. 4. & Rom. ibi num. 9. & differentiæ ratio secundùm eos, inter minorem, in quo loquitur l. 1. C si aduers. creditor. & ciuitatem, est, quia in ciuitate semper sunt homines industriosi per quos gubernatur, ideo ad restitutionem impetrandam non debet vti priuilegio d. l. 1. cùm & minor ipse, si industriosus est, illo non fruatur, secundùm aliquorum sententiam, quam retulit gloss. in l. 1. C. qui, & aduers. quos, verb. non sit, in fin. cui concinit gloss. 1. in l. professio C. de muner. patrimonior. libr. 10. secundùm quam non est concedenda doctori in integrum restitutio in his quę pertinent ad professionem suam, quam gloss. notabilem vocat Alex. d. l. ciuitas, num. 13. & communiter receptam tradit Cald. qui alios refert d. l. si curatorem, verb. læsis, num. 35. versicul. Iuuat etiam; & ita in minore, in hac, & alijs similibus speciebus cõprobat Mauric. de restit. in integr.

cap.

cap. 223. per tot. de quo fusiùs Odd. eod. tractat. 1 part. quæst. 23. art. 4. & tribus sequentib. vbi 9. art. 1. versic. Contrarium tamen, pro communi sententia cum gloss. in d. l. professio plurimos citat. Authores.

Cæterùm, prædictæ sententię, & Angel. potissimùm asserenti d. nu. 4. ciuitatem in prædicto casu restitui probata læsione, ex clausula generali, si qua mihi iusta causa esse videbitur, & non quasi rempublicam, refragatur apertè dict. l. Respublica. C. quib. ex caus. maior. & l. penult. C. de iur. reipubl. lib. 11. quibus probatur iuncta communi sententia, de qua sup. ciuitatem, iure minoris vti, quo etiam vtitur ecclesia, cap. 1. de in integr. restitut. cui ciuitas æquiparatur. Qua ratione, & alijs per eum adductis, Angel. sententiam confutat Alex. dict. l. ciuitas, num. 3. & 4. probans, ciuitatem in casu prædicto restitui iure minoris, ita, vt in fęneratitio mutuo onus probandi, in rem illius versum fuisse, creditori incumbat, in alijs teneatur ciuitas probare, non fuisse versum, iuxta dict. l. 1. & 2. C. si aduers. creditor. quæ sic intelliguntur à gloss. ibi, & communi secundùm Alex. loco citato num. 11. ad fin. Alciat. dict. l. ciuitas, colum. 4. versic. Verùm hæc distinctio, vbi tamen distinctionem hanc inter mutuum gratuitum, & fęneratitium non probat.

26. Ego quidem circà præsentem articulum, in diuersa ab hac, & illa, sententia sum, qui magis puto, in casibus quibus ciuitas ex mutuo obligatur, iuxta Bart. & communem sententiam de qua sup. sententiam hanc simpliciter & effectiuè accipiendam fore, & non subiectam restitutionis remedio ex eo solùm quód mutuum in rem ciuitatis versum non fuisse, probetur. Et moueor, quia nec minor, nec alius, qui iure minoris vtatur ad impetrandum restitutionis auxilium aduersus contractum à se gestum, obtinere illud potest; nisi in contractu ipso lædatur; & non sufficit, lęsum esse minorem, vt restituatur, sed læsio talis esse debet, quæ aut facilitate illius, aut dolo aduersarij causaretur. l. verùm. §. sciendum. l. non omnia. ff. de minorib. & in minore, & ecclesia tradit Cald. dict. l. si curatorem, verb. vel aduersarij dolo, numer. 1. atque ita, quanuis minor damnum postea fortuitò eueniens patiatur ex contractu à se prudenter inito, non ideo magis aduersus illum restituendus erit, vt probat tex. optim. dict. l. verùm. §. sciendum, vbi Bart. & alij, Mauric. de restitution. in integr. cap. 175. Cald. dict. verb. vel aduersarij dolo, num. 5. communem, & veram Doctorum omnium conclusionem esse, dicit Odd. de restitut. in integr. 1. part. quęst. 4. articul. 5. numero vigesimo tertio, versicul. In contrarium; & ibi numero vigesimo nono, ampliat in ecclesia ex Paul. cons. 101. in fin. libro secundo, & in terminis nostris tradit Alciat. dict. l. ciuitas, colum. 5. versicul. Sed quid si creditor. Quo posito, & pro constanti habito, sequitur, non satis esse, mutuum legitimè contractum quo ciuitas obligata manet, in rem illius versum non esse, vt eo ipso ciuitas contra mutuantem restitui debeat, sed necesse est ampliùs, in hoc, vt & in alijs ciuitatis contractibus, ex contractu ipso læsionem oriri vel facilitate contrahentium ciuitatis nomine, vel aduersarij dolo. Vnde, si mutuum legitimè contrahatur in vtilem reipublicæ causam, & tamen in eam non conuertatur, vel casuali fato

amissum, vel malo administratorum facto, non ideo minus tenebitur ciuitas mutuanti omissa Doctor. controuersia circà onus probandi, versum fuerit, an non, in rem ciuitatis mutuum, quia non inde pendet restitutionis beneficium, quādo mutuum legitimè contractum est; quando verò legitimé non est contractum, vt cùm administrator suscipit ex generali mandato, probatio illa necessaria est; & tunc quidem sinè controuersia est, à mutuante fieri debere, iuxta gloss. Bart. & alios communiter in d. l. ciuitas. ff. si cert. petat. & in ecclesiç causa expressum hoc est in Auth. hoc ius porrectum, in fin. C. de sacrosanct. eccles.

27. Et tunc dè probationis modo quærunt Doctor. in dict. l. ciuitas, quibusdam opinantibus, sufficere credenti ad perfectam probationem, causam mutui necessariam, aut vtilem probare, videlicet, si probet, ciuitatem pecunia illa indiguisse, quo tempore administratori illius data est mutuo, per tex. in l. final. ff. de exercitor. act. Sed Bart. ibi contrarium tenet, leg. illam intelligens in priuato, & non in personis priuilegiatis, vt est ciuitas, & ecclesia, idem tenet Bart. in d. Authent. hoc ius porrectum, num. 16. & sequenti, & communiter Scribb. in d. l. ciuitas, secundùm Ias. ibi, num. 18. in princip. & Alex. num. 11. vbi reiecta vna Rom. ibi limitatione, & altera Bald. in rubr. C. de exercitor. act. de qua infr. dicam, communem sententiam, indistinctè veram esse, dicit, quam etiam communem dicit & sequitur Imol. de ecclesia agens in cap. 1. colum. 9. versicul. Quidam videntur, de deposit. communem etiam fatetur Dec. d. l. ciuitas, num. 10. licèt ibi contrariam veriorem existimet, quam tenent alij quos refert, motus ex eo, quia probatio quę sufficit contra priuatum, regulariter sufficit contra priuilegiatum, & ideo probatio d. l. final. sufficiens censeri debet contra ciuitatem, secundùm eum, & relatos ab eo.

28. Communis tamen sententia tenenda est, cum qua in effectu manet Pinel. noster in l. 2. 2. part. cap. 4. num. 68. C. de rescindend. vendit. & si non probet, priuilegio aliquo ciuitatis euenire, vt dispositio dict. l. final. in illa locum non habeat, sed, id ex eo esse, contendit, quia ciuitatis administrator in casu proposito eam mutuo obligare non potest absque speciali ad id mandato, iuxta tradita per Bart. & alios in d. l. ciuitas, sicut præpositus negotiationi in casu dict. l. final. virtute mandati sibi commisi obligare potest illum qui eum præposuit, recipiendo mutuum in quæstuariam negotiationem cui præpositus fuit; vnde ait, quòd propter terminorum disparitatem procedit communis sententia, quæ locum non haberet, sed potiùs dispositio dict. l. final. locum haberet in ciuitate, æquè vt in priuato, adęquatis terminis, videlicet, si ciuitas aliquem in nauis magistrum ordinasset, vel in quæstuariam aliam negotiationem præposuisset; ex mutuo enim ab illo huius rei causa recepto obligaretur, iuxta dict. l. final. absque alia versionis in rem illius probatione. Quod expresè tenuit Bald. in dict. rubr. C. de institor. & exercitor. act. colum. 4. num. vndecimo, versic. Vel verius puto, quem sequitur Ias. dict. l. ciuitas, num. 18. versicul. Secundó limita, contra Alex. ibi dict. num. 11. Et facit quod tenet Bart. ibid. num. 7. & cum illo magis communiter Doctor. secundùm Socin. ibi num.

num. 5. versicul. Tertiò limita, quòd si ciuitatis administrator habuit mandatum ad recipiendum in certam causam, sufficit, si contractus tempore affirmet, in causam illam recipere, vt ciuitas obligetur, licèt non probetur versio in rem illius, per l. 1. §. non autem, versicul. Vnde quærit, ff. de exercitor. act. atque ita apparet, quòd tex. illum, in priuato loquentem Bart. & qui eum sequuntur, in ciuitate quoque accipiunt, data terminorum paritate. Iuxta quæ, communis sententia, quód dispositio d. l. final. illo titul. de exercitor. act. non habeat locum in ciuitate ad casum d. l. ciuitas, de quo agimus, securior manet; & Dec. ratio in contrarium adducta facilè tollitur, respondendo, quòd probatio de qua in d. l. final. sufficit contra priuatum in casu de quo ibi, quia mutuum virtute mandati illius receptū creditur; non verò sufficit contra ciuitatem ad casum d. l. ciuitas, propter mandati defectum; idcircó, vt ciuitas teneatur ex mutuo ad quod non extenditur generale administratoris mandatum, versum in rem illius efficaciter probari debebit, aliàs non tenetur, iuxta tex. ibi cum communi ad eum sententia, & intellectu de quo sup.

29. Et tunc quidem creditori salua manet actio contra syndicum, seu administratorem qui mutuum recepit, iuxta d. l. ciuitas, idquè etiam si tempore contractus protestaretur, se ciuitatis nomine recipere, & nō suo, nec ea ex causa priuatim velle obligari, vt tenet Bart. ibi nu. 9. quem alij sequuntur secundùm Socin. ibi num. 6. Alc. col. 6. versicul. Hìc duo articuli, qui ampliant, quòd teneatur etiam finito iam officio. Et secundùm Bart. & alios differentia est, quòd quando non protestatur, tenetur actione ex mutuo, si verò protestatur, tenetur condictione ob causam; quod mente tenendum dixit Alexan. ibi num. 10. Limitat verò Alc. d. col. 6. prope fin. vt, si administrator dixerit, se nolle in quoquam obligari, nec quidem ad pretij restitutionem, non teneatur nisi dolo commisso, & aliâs, imputet sibi creditor qui temere contraxit, argum. l. emptorem. §. final. ff. de act. empt.

30. Maior verò dubitatio est, an mutuo in rem ciuitatis conuerso, nō solùm ciuitas cuius nomine receptū est, sed & administrator qui recepit, teneatur; & communis sententia eum quoque obligat per tex. à contrario sensu in d. l. ciuitas, secundúm Socin. ibi num. 2. Alciat. d. col. 6. ad fin. versicul. In secunda quæstione, quasi creditor mutuum dando vtriusque fidem secutus videatur, vt dixit Bart. ibid. num. 9. versicul. Potuit enim. Quæ sententia dubia videtur; quam Paul. & Alex. citati, & secuti ab Alc. temperant, vt procedat durante officio, & non eo finito: sed si vera est Bart. & communis ratio, dubitari de hoc magis potest; nam & in casu finiti officij communis illa ratio militat. Dec. verò contra communem indistinctè tenet d. l. ciuitas, num. 9. cuius opinionem recipit Alciat. cùm præcisè apparet, solùm procuratorio nomine eum contrahere voluisse; quod intelligendum est dummodò creditori hoc innotescat, & tunc quidem opinio ista intrepidè est tenenda, nec à mente communis dissentit, cuius tunc ratio cessat.

31. Vltimò, sciendum est, ius & priuilegium tacitæ hypothecæ quod habet fiscus, non competere ciuitati in bonis secum contrahentis, vt probat tex. in l. 2. C. de iur.

reipubl. libr. 11. l. simile, iuncta gloss. ibi ff ad municipal. gloss. & Doctor. in l. 2. C. in quibus caus. pign. tacit. contrahat. Alex. in l. 1. §. si hæres num. final. ad fin. ff. ad Trebell. Negusant. de pignorib. 2. part. 4 memb. num. 119. Nec etiam post rem iustè & ritò addictam habet priuilegium adiectionis quod competit fisco. l. Lucius. §. final. & ibi gloss. ff. ad municipal. l 1. & 2. C. de vendend reb. ciuitat. libro vndecim. tradit Azeued. in l. 4. titul. 5. libro 7. recopilat. num. 19. & sequenti. Quod intelligitur de ciuitate subdita; quæ enim superiorem non recognoscit, fiscum habet, & ideo in contractibus suis, iure & priuilegio fisci gaudet, vt tradit Negus. loco citato nu. 114.

32. Bona autem administratorum ciuitatis, etiam quæ libera non est, tacito pignore illi subijciuntur pro mala administratione, vt probat tex. in l. final. C. quo quisquè ordin. conueniat. libro vndecim. quem sic intelligit Alex. d §. si hęres nu. final. in fin. post gloss. ibi verb. sequitur, tradit gloss. magn. prope fin. licèt sub dubio, in l. 2. C. de debitorib. ciuitat. libr. vndecim. Gregor. l. 23. titul. 13. partit. 5. verb. de los guardadores, in princip. Negusant. notabile dicens d. num. 119. & pluribus citatis Escob. de ratiocin. administrat. cap. 39. nu. 9. & sequenti, vbi sententiam hanc verissimam dicit, & frequentiori Doct. calculo receptam.

Notandum verò, quòd hìc administratorum nomine, etiam decuriones, & magistratus per quos respublica gubernatur, intelliguntur; omnium enim bona tacito pignoris nexu tenebuntur pro eo quod muneris sui causa illos reipublicæ debere, constiterit, vt tradit Gregor. dict. verb. de los guardadores, versicul. Vnde & bona, post Alberic. quem refert, in l. pro officio. C. de administr. tutor. Azeued. dict. l. 4. in fin. cum Rebuff. ab eo citato, in l. inter publica, pag. 151. ff. de verbor. significat. in omnibus enim eadem versatur taciti pignoris ratio, & idem argumentum tutoris & curatoris, quorum bona pro officio administrationis minoribus sunt obligata. d. l. pro officio, de quo Gregor. d. verb. de los guardadores, latè Gutierr. de tutel. & çur. 2. part. c. 16. per tot. Escob. d. c. 39. ex num. 1.

33. Fideiussorum verò ipsius administratoris bona, pignoris vinculo non tenebuntur, nisi de illo conuentum sit, quia legalis hypothecæ priuilegium competens in bonis administratorum, ad bona fideiussorum, in quibus non reperitur scriptum, trahi non debet, iuxta vulgares traditiones, sed instar aliorum debitorum personaliter cum illis erit agendum; facit, quòd fideiussores non tenentur ad augmentum quod accessorié venit ad principalem obligationem pro qua intercesserunt. l. fideiussores magistratuum. ff. de fideiussorib. l. libertus. §. final. ff ad municipal. cum adductis per Hippolyt. in rubr. de fideiussorib. quæst. 8. ex num. 91.

34. Et hoc multò magis probandum erit in patre qui tenetur pro filio quem habet sub potestate sua ad decurionatus ordinem assumpto, illo sciente & tacente, iuxta l. 1. C. de filijsfamil. & quemadmod. pro his pater teneat. lib. decimo, l. si filiusfamil. C. ne filius pro patr. l. 1. 2. part. C. quod cum eo; & tenetur eo casu pater quasi filij fideiussor, licèt de hoc non conuenerit, vt in l. 1. C. de decurionib. libro decimo, l. quoties. ff. ad municipal. & obligatio est insolidùm

d. l. 1.

d.l.1.C.quod cum eo. l.filiusfamil ff. de administrat. rer. ad ciuitat. pertinent. priùs tamen filius ipse excutitur etiam antiquo iure.d.l.1.in fin. de decurion. libr. 10. l. libertus. §.filium pater.ff.ad municipal.

35. Quod est notabile, & multæ iuris regulæ aduersari videbantur huic obligationi paternæ in casu isto; primò, quia pater pro consentiente habetur eo ipso quòd non protestatur, se dissentire; obstat enim recepta iuris conclusio, secundùm quam taciturnitas in præiudicialibus non inducit consensum, vt est communis Doctor. traditio in l. quæ dotis.ff.solut.matrimon. vbi Barbos. num.157. versicul.Quarta conclusio. Secundò, tenetur pater tanquàm filij fideiussor in casu prædicto, & tamen fideiussio solo consensu non contrahitur, sed requirit obligationem verborum. l. blanditus. C.de fideiussorib. Tertiò, tenetur excusso priùs filio, tanquàm debitore principali, & tamen antiquo iure debitoris excusio necessaria nõ erat, vt fideiussor conueniri posset; id enim nouissimo Authenticorum iure cautum fuit, vt in Auth. de fideiussorib. §. 1. collat. 1. Sed hoc fauore patris inductum fuit propterea quód facilè absque expresso illius consensu obligabatur, vt pro ratione scripsit gloss. final in d.l.1. de decurionib. lib.10. Cętera reipublicæ fauore præter ordinarias iuris regulas sunt stabilita; vnde sinè lege addendum illis non est, vt & patris bona tacito pignore teneantur pro filij magistratu.

CAP. NONI

SVMMARIA.

1. *Ecclesia, & ciuitas sæpe æquiparantur; & solus ecclesiæ prælatus nomine illius contractus gerere non potest, sed debet interuenire capitulum, aut maior pars illius, præterquàm in rebus paruis, & ad vsum quotidianum pertinentibus.*

2. *Ecclesia de mutuo non tenetur, nisi in vtili-*
3. *tatem illius versum probetur. Idquè etiam*
& *si prælatus cum capitulo, aut œconomus*
4. *cum speciali mandato recipiat. Et respondetur ad tex. in c. quod quibusdam, de fideiussor. nu.5.*

6. *Ecclesiæ res hodie vltra triennium locari non possunt, in quo à ciuitate differt. Et nu.8.*

In longum tempus nec iure antiquo ecclesiæ res poterant locari absque solennitate ad alienandum requisita; & prohibita alienatione etiam locatio ad longum tempus prohibita censetur. d.num.6. versicul. In longum.

7. *Res ciuitatis superiorem recognoscentis locari non possunt in longum tempus absque solennitate quæ ad alienandum requiritur.*

8. *Ciuitatis res infra decennium locari liberè possunt; ecclesiæ verò res vltra triennium non possunt, etiam si dicatur, quòd tot sint locationes, quot triennia, & quòd de triennio in triennium renouata locatio censeatur.*

9. *Res immobiles ciuitatis, & ecclesiæ, sinè causa, & solennitate alienari prohibentur. Idē in mobilibus pretiosis.*

10. *Declaratur solennitas quæ requiritur ad alienationem rei ecclesiæ. Et causæ ad alienationem necessaria traduntur num. 11. & 12.*

12. *Res ecclesiæ emphyteuticari solita, emphyteusi*
13. *finita absque causa alia emphyteuticari de-*
& *nuo potest. Et quando emphyteuticari soli-*
14. *ta dicatur; &, quæ solennitas requiratur ad nouam emphyteuticationem. traditur. Maioratus bona in emphyteusim dari non possunt. d. nu. 13. versicul Vnde.*
14. *Alienatio necessaria non comprehenditur sub prohibitione alienationis.*
15. *Traditur cum communi, causam ad alienationem rei ecclesiæ pro solennitate requiri, & ob causæ defectum irritam manere alienationem.*
16. *Hospitalium bona, an, & quando pertineant ad prohibitionem alienationis rei ecclesiæ, traditur, cum distinctione inter ea quæ episcopi authoritate sunt instituta, & quæ priuata sunt.*
17. *Eadem distinctio adhibetur in capellis. &*
18. *oratorijs. Item, in confraternitatibus, num.*
19. *18. Et quid apud nos ad intellectum Ord. lib. 1. titul. 62. §. 64. nu. 19.*
20. *Casus in quibus res ecclesiæ absque solennitate alienari possunt, remissiuè traduntur. Et de laudabili instituto confraternitatis Sanctæ Misericordiæ Vlyssiponensis.*

CAP. NONVM.

De Ecclesiæ contractibus.

1. ECclesia, & ciuitas æquiparantur, & in multis iuris articulis pari passu ambulant, vt notãt Doctor. per tex. ibi in l. final. C. de sacrosanct. eccles. vbi Ias. nu. 2. ait, tex. illum ad hoc tota die allegari, Bart. & Scrib. in Auth. hoc ius porrectum, eod. titul. & in l. ciuitas. ff. si cert. petat. & pluribus citatis Euerard. in loc. legalib. loco 69. à republica ad ecclesiam; atque ita, sicut ciuitas per concilium quod ipsam repræsentat, aut per syndicum à concilio ipso ordinatum contractus celebrat, ita & ecclesia per prælatum, & capitulum, aut per æconomos, procuratoresue ad id legitimè constitutos, cum alijs contrahit, nec solus prælatus celebrare potest contractus ad ecclesiam pertinentes, sicut nec decurio vnus, aut ciuitatis rector, alijs inconsultis potest, sed debet interuenire capitulum, aut maior pars eius. c. quod quibusdam, de fideiussorib. Res tamen paruas, & super illis contractus, vt puta, ad quotidianum vsum, victum, vestitumque spectantes solus Abbas monasterij expedire potest, vt tradidimus sup. c. 4. sub nu. 16.

2. Rursus, quod in ciuitate traditum extat in d. l. ciuitas, circà mutuum ab administratore illius receptum, de quo egimus in cap. præcedente, & in ecclesia traditur in d. Auth. hoc ius porrectum, & vtrobique pariter in ciuitate, & ecclesia tradunt Bart. & communiter Scribent. ita, vt sicut in ciuitate dictum est, nec ecclesia teneatur nisi mutuum in vtilitatem illius versum probetur, de quo per Innocent. & Canonist. in d. c. quod quibusdam, & in c. 1. de deposit. Couar. communem tradens lib. 2. variar. c 17. nu. 3. Redoan. tract. de reb. eccles. non alienand. rubr. 33. casu 11. ex nu. 3.

3. Iuxta quod dicendum videtur, quòd, si ecclesia ipsa, id est, prælatus cum capitulo, vel æconomus, seu procurator ad id specialiter constitutus, mutuum recipiat virtute specialis mandati, ecclesia contractu ipso obligetur absque eo quod in rem illius versum probetur, vt in cap. præcedente prioribus numer. tradidimus circà ciuitatem, cum Bart. & cõmuni sententia, & interpretatione ad d. l. ciuitas, vbi Bart. quod in ciuitate scripsit, in ecclesia æquè sentit, secũdùm Abb. d. c. quod quibusdam, nu. 5. & communem tradit Couar. d. nu. 3. secundùm Præposit. in c. 2. §. hoc ius porrectum num. 16. 10. quæst. 2. Abb. tamen d. nu. 5. Bart. sententiam in ecclesia non indistinctè accipit, sed cùm

cùm ab ecclesia mutuo satisfieri potest absque rerum distractione, aliàs enim, si nequeat satisfieri nisi alienata re immobili, aut mobili pretiosa; cõmunem sententiam, quam & in casu isto in ciuitate probat, in ecclesia nõ admittit; quod ante eum tenuit Card. d.c. quibusdam, col. final. versic. Decimò quartò quæro, & clariùs in c. 1. quæst. 2. versicul. Mihi placet, de deposit. vbi Abb. num. 9 versicul. Et videtur, in eandem distinctionẽ, Innoc. ibi inducere nititur, & singulare dictũ vocat; sed, de Innoc. melius sensisse, videtur Imol. ibid. nu. 17. existimans, illum voluisse, vt ecclesia de mutuo nunquam teneatur, nisi versum in illius commodum probetur.

Differentiæ verò ratio inter ciuitatem, & ecclesiam, secundùm Abb. est, quia concilium habet liberam facultatem distrahendi bona ciuitatis, sed non sic prælatus & capitulum. c. sinè exceptione. 12. quæst. 2. Quæ quidem ratio in ciuitate libera procedit, sed non in recognoscente superiorem; cuius concilium, alienandi bona ipsius facultatem non habet absque causa & solennitate, de qua in l. final. C. de vendend. reb. ciuitat. lib. 11. Vnde prædictam cõmunem sententiam & interpretationem ad d. l. ciuitas, Alc. ibi col. 2. versicul. Sed ego, in ciuitate libera recipit, sed non insubdita, ad quam ibid. col. 4. versicul. Alius est, simili vtitur distinctione, qua Abb. ad ecclesiam, ne ad rerum distractionem, quam concilium directò facere nequit, per indirectum deueniatur, contra regul. cùm quid vna via, de regul. iur. lib. 6. Cæterùm, quod ad ciuitatem attinet, communis sententia indistinctè tenenda est, quam probauimus d. cap. præcedente, num. 2.

4. In ecclesia verò, tametsi videam, Doctores nostros cùm Bart. tenentes in d. l. ciuitas, in ea idem tradidisse, quod in ciuitate, contrarium tamen suadet litera tex. in d. Auth. hoc ius porrectum, quæ in Decreto canonizata reperitur in c. 2. §. hoc ius porrectum, 10. quæst. 2. tex. enim ille generaliter loquitur, & in fine concludit, creditorem, quod credidit, probare debere, in vtilitatem religiosę domus processisse; idcircò sinè violentia & diuinatione restringi nequit ad terminos d. l. ciuitas, quibus communis interpretatio ad tex. ibi congruit, non sic literæ tex. d. Auth. hoc ius porrectum, in ecclesia loquentis.

Nec nouum est, diuersum ius dici inter ecclesiam, & ciuitatem; nam etsi in multis casibus æquiparentur; in non paucis tamen differunt; quorum nonnullos perstringit Alc. d. l. ciuitas, col. 5. ad fin. Et quod attinet ad præsentem casum, differentiæ ratio non deest in eo, cautiùs enim agi, ac prouideri debuit circà res quæ cultui diuino, ac personis illum exercentibus sunt deputatæ, quâm, quæ humanis inseruiunt vsibus, tametsi illi publici commodi sint. Concludo, itaque, ecclesiam mutuum recipientem per prȩlatũ & capitulum simul, non teneri, nisi versum in illius vtilitatem probetur; secundùm tex. sic generaliter tradentem in d. Auth. hoc ius porrectum, etiam si de reditibus bonorum eius satisfieri mutuo possit, omissa distinctione Card. & Abb. vbi sup. Et ita in mutuo ecclesię facto indistinctè probat Innoc. d. c. 1. num. 1. de deposit. vt meliùs de eo sensit Imol. ibi d. nu. 17. vbi in versic. Quid ergo dicendum, etsi hoc ecclesiæ neget remedio ordinario, in effectu tamen concedit extraordinario restitutionis auxilio; quem sequitur Couar. d. lib. 2. variar. c. 17. num. 3. ad fin. vbi alios refert. Et pro ecclesia

absolutè communem sententiam refert & sequitur Rebuff. in compend. alienat. rer. eccles. nu. 41.

5. Et non obstat tex. in d. cap. quod quibusdam, de fideiussorib. vbi dicitur, quòd, si religiosus absque maioris partis capituli, & abbatis sui licentia pro aliquo fideiubeat, vel ab aliquo pecuniam mutuam accipiat vltra summam communi prouidentia constitutam, non teneatur conuentus pro his aliquatenus respondere, nisi fortè in vtilitatem domus ipsius manifestè constiterit redundasse; atque ita per argumentum à contrario sensu probari, videtur, quòd, si religiosus aliquis de consensu seu mandato abbatis, & maioris partis capituli mutuum accipiat, tenebitur ecclesia, etsi non constet, in illius vtilitatem redundasse, vt argumentatur Card. ibi quæst. 10. versicul. Ex omnibus cõcludo: enim, respondendũ est argumentum à contrario sensu ibi concludere, quód si mutuum accipiatur de consensu prælati, & capituli, teneatur ecclesia, etsi manifestè non constet, in vtilitatem illius versum fuisse; debet tamen in casu isto de versione constare præsumptiuè saltem, & per coniecturas; inter quas efficax est quam præstat dispositio tex. in l. final. ff. de exercitor. action. quæ huic casui conuenit, in quo proponitur adesse sufficiens mandatum ad contrahendum mutuum nomine ecclesiæ, iuxta tradita per Pinel. in l. 2. 2. part. c. 4. nu. 68. & sequenti. C. de rescindend. vendit. & quę tradidimus cap. præcedente sub nu. 28.

6. Prætereá, inter ciuitatem, & ecclesiam differentia hodie est in rerum locationibus; hodie enim ex noua Pauli. 2. constitutione, incip. Ambitiosæ, sub titul. de reb. eccles. non alienand. in extrauag. commun. res ecclesiæ vltra triennium locari non possunt; sed res ciuitatis in plures annos locari possunt, sicut & ecclesię res ante nouam Pauli constitutionem locari poterant, vt probat tex. in cap. final. ne prælat. vices suas, qui de locatione rei ecclesiæ in septennium loquitur, tradit Gam. decis. 390. num. 4. in princip.

In longum verò tempus nec tunc locari poterant, tex. optim. in Clem. 1. de reb. eccles. non alienand. & ibi gloss. verb. locationes, Imol. num. 14. & alij secundùm Couar. lib. 2. variar. c. 16 num. 1. vbi dicit, esse communem opinionem secundùm Abb. in d. cap. final. col. 1. latè Redoan. de reb. eccles. non alienand. quæst. 6. Nicol. Garc. de benefic. 2. part. c. 1. num. 27. vbi alios refert, & receptissimam esse sententiam, tradit. Cuius ratio est, quia per alienationem ad lõgum tempus, vtilis dominij alienatio causatur; & ideo talis locatio de re ecclesiæ fieri non potest absque solennitate requisita ad rerum alienationem; manet enim sub prohibitione alienationis, locatio ad longum tempus, quicquid contrarium tenuerit gloss. nostra in l. codicillis. § instituto. ff. de leg. 2. quã singularem, & communiter reprobatam dicit Anan. d. c. final. ne prelat. vices suas, num. 17. Angel. & Alex. col. final. in l. si filiofamil. §. si vir ff. solut. matrim. ex alijs Couar. d. c. 16. num. 1. versicul. Ex quo apparet, & pluribus citatis Tiraq de retr. titul. 1. §. 1. gloss. 14. num. 81. cum sequenti, Redoan d. tract. de reb. eccles. non alienan. rubr. 1. c. 13. & sequenti, Caroc. tract. de locat. 1. part. titul. de annuis reditibus, in princip. Cald. de renouat. emphyteus. quęst. 16. num. 7. versicul. Nam huiusmodi.

7. Qua ratione idem erit dicendum de locatione rerum ciuitatis ad longum tempus, vt non valeat nisi facta cum solennitate quæ requiritur

ad

ad alienationem rerum ciuitatis, propter vtilis dominij alienationem; & ita tradit Caroc. d. titul. de annuis reditib. num. 3. citans ad hoc Bart. in l. final. C. de vendend. reb. ciuitat. lib. 11. apud quem hoc ita non inuenio in libro meo, nisi fortè hoc sensit ibi num. 1. vbi scripsit, annuos reditus ad ciuitatem pertinentes, absque solennitate de qua ibi, alienari non posse. Vera tamen est sententia ista in ciuitate, vt & in ecclesia ex rationis identitate; & intelligitur de ciuitate superiorem recognoscente, nam quæ libera est, alienare potest per concilium suum absque solennitate de qua in d. l. final. quia vicem Imperatoris gerit, secundùm Bart ibi, nu. 2.

8. Stante verò Pauli constitutione. d. extrauag. ambitiosæ, quæ an sit vsu recepta, agunt Nauarr. in manuali c. 27. num. 150. Couar. d. cap. 16. num. 6. versicul. Quintò, Caroc. post eum, & alios quos refert. d. tractat. 1. part. titul. de bon. ecclesiæ non alienand. num. 6. Garc. de benefic. d. c. 1. nu. 40. cum sequentib. Gam. d. decis. 390. num. 1. & 2. vbi, apud nos in iudicijs receptam, affirmat, post eum Cald. de renouat. quæst. 15. num. 15. & contra Nauarr. probat Rebell. de obligation. lib. 14. quæst. 5. num. 9. part. 2. in principali suo decreto apud nos in vsu esse, differentia est inter ciuitatem, & ecclesiam; quia ciuitas infra decennium locare liberè potest, ecclesia vltra triennium non potest, & procedit hoc etiam si locationis instrumento cõtineatur, quòd tot sint locationes, quot triennia, & quòd de triennio in triennium renouata locatio intelligatur, vt ex communi sententia eam secutus tradit Azor institut. moral. lib. 9. c. 2. quæst. 3. tom. 2. Rebell. d. lib. 14. quæst. 6. nu. final. & alijs citatis Garc. d. c. 1. nu. 26. Caroc. d. titul. de bon. eccles. non alienand. conclus. 5. & ibi numer. sequentib. alia in materia. d. extrauag. prosequitur post Couar. d. cap. 16. ex num. 4. Gam. d. decis. 390. Redoan. d. quæst. 6. §. Et extrauagans; Nicol. Garc. d. 1. c. â nu. 29. cum sequentib. & nos scripsimus sup. in tex. super verb. *Locationes*, sub nu. 19. de locatione facta vltra tempus permissum, an in permisso sustineatur.

9. Circà alienationes autem ciuitas, & ecclesia conueniunt; nam ciuitas res suas immobiles alienare non potest sinè causa, & solennitate de qua in l. final. C. de vendend. reb. ciuit. lib. 11. causa etiam, & solennitas desideratur ad alienationem rei immobilis ecclesiasticæ, & aliás regulariter prohibita est alienatio. c. sinè exceptione. 12. quæst. 2. c. nulli, & Innoc. ibi, Abb. & reliqui, de reb. eccles. alienand. vel non, c. 1. eod. titul. lib. 6. Clem. 1. eod. titul. latè Redoan. tract. de reb. eccles. non alienand. rubr. 2. & sequentib. Azor d. lib. 9. c. 1. & sequenti. Et quod dicitur de prohibita rei immobilis alienatione, ad pretiosam mobilem extenditur per l. lex quæ tutores. C. de administrat. tutor. secundùm Abb. d. c. nulli, post gloss. ibi num. 8. & gloss. in c. tua nuper, verb. tractatu, de his quæ fiunt à prælat. quam ibi commendat Imol. nu. 9. & habetur in d. extrauag. ambitiosæ, de reb. eccles. non alienand. ad quod meliorem gloss. in c. is cui, de elect. verb. immobilia, dixit Redoan. d. tract. rubr. 7. num. 1. & ibi num. 2. & 9. tradit, quòd res immobiles, & mobiles pretiosæ æquiparantur quoad solennitatem alienationis. Quam prohibitionem in mobilibus largiùs accipit idem Author d. rubric. 2. nu. 61. in omnibus quæ seruando seruari possunt, & fusiùs rubr. 3. num. 8. cum sequentib. Et de alienatione eorum quæ seruando seruari non possunt, per

per eundem eod. tract. rubr. 5.

10. Solennitas veró ad alienationem in hoc consistit, quòd vbi agitur de alienatione rei ecclesię Cathedralis, seu Episcopalis, aut ecclesiæ regularis, prælati & capituli consensus præmisso tractatu interuenire debet, vt per Redoan. d. tractat. rubric. 25. à num. 7. cum sequentib. Azor. d. c. 1. quæst. 4. Pręlati verò nomine, in religione exempta superiorem intelligit Paul. in Auth. hoc ius porrectum, num. 3. C. de sacrosanct. eccles. quia is vicem episcopi tenet, Redoan. rubr. 26. num. 8. qui tamen eo in loco, vltra abbatis & fratrum consensum, etiam episcopi consensum requirit ad alienationem rei monasterij; quod videtur accipiendum de monasterio episcopo subdito, & non de exempto, quo casu vice episcopi est superior ipsius monasterij, secundùm Paul. d. num. 3. Card. in c. statuimus, in fin. de transact. Azor. d. quæst. 4. Et id quidem non puto referendum ad generalem totius Ordinis abbatem, seu priorem, vbi vnus toti præpositus est; sed ad prouincialem, vt satis sit, eius interuenire authoritatem cum abbatis monasterij ac capituli consensu, nisi vbi ex Ordinis statuto ad generalem recurri necesse sit.

Et sufficit tractatus vnicus, vt ex gloss. verb. tractatus, & communiter Scribentib. in d. c. 1. de reb. eccles. lib. 6. tradit Couar. lib. 2. variar. cap. 17. num. 1. Rebuff. in compendio alienation rer. eccles. num. 81. qui limitat in monachis diui Benedicti, & quando consuetudo esset, quòd plures fierēt tractatus, Hispan. Castill. de vsufruct. c. 54. num. 14. Redoan. communem referens. d. tractat. rubric. 24. nu. 28. vbi num. sequenti idem tradit quod Rebuff. in monachis diui Benedicti, & quando plurium tractatuum consuetudo adesset. Et de materia huiusce tractatus, ac solennitate illius, fusè per eum in tota illa rubr.

Ad alienationem verò rei ecclesiæ inferioris, tam quæ per vnum rectorem, quàm quę per plures administratur, vltra eius, eorumue consensum, episcopi consensus interuenire debet, secundùm gloss. d. Clem. 1. verb. non habeat, Paul. d. num. 3. in princip. Redoan. d. rubr. 25. num. 27. versicul. In alienatione ergo, & num. sequenti, Castill. d. c. 54. num. 22. Rebuff. d. compend. num. 85. vbi tradit, non valere consuetudinem, quòd nō interueniat episcopi consensus, iuxta relatos ab eo, Couar. d. num. 1. vbi cū gloss. d. verb. tractatus, & alijs ab eo citatis tradit contra Innoc. in c. 2. de transactionib. episcopi consensum hìc, vt consensum cum causæ cognitione requiri, non in modum decreti. Quod est notādum propter differentias, quę inter decretum, & consensum à Doctorib. nostris ad varios iuris articulos traduntur in l. si quis mihi bona. §. iussum. ff. de acquirend. hæredit. Quòd verò dicitur de consensu capituli, pro maiori illius parte accipiendum est, explicat Rebuff. d. compend. num. 76. & alijs citatis Castill. d. c. 54. nu 17.

11. Causas autem ad alienationes requisitas, ad quatuor species reducit gloss. in summa. 12. quæst. 2. quam Doctor. communiter sequuntur, & singularem vocat Paul. d. Auth. hoc ius porrectum, num. 3. nempe, ad necessitatem, vt quia æs alienum vrgeat, nec aliunde habeat ecclesia vnde soluatur; quæ sola alienationis causa iure ciuili probata extat in d. Auth. hoc ius porrectum, secundùm Paul. ibi d. nu. 3. ad pietatem, puta, pro redemptione captiuorum, vt in c. aurū 12. quæst. 2. ad vtilitatem, & ad euitandam incommoditatem. c. sinè exceptione,

ceptione, c. terrulas, ead. cauſ. & quæſt. explicat Rebuff. d. compend. num.9. & nu.121. cum ſequenti, fusè Redoan. d. tract. de reb. eccleſ. rubr. 18, cum trib. ſequentib.

12. His addo quintam alienationis cauſam, quæ ad ſolam pertinet emphyteuſim, nempe, ſi res ſit ſolita emphyteuticari; vt habetur in d. extrauag. ambitioſæ; poterit enim finita emphyteuſi, denuo emphyteuticari, ita vt conſuetudo vicem cauſæ legitimæ ad alienationem vtilis dominij ſubeat; & ita tradit Couar. dicens tamen, non aliam requiri ſolennitatem, quàm qua res dari in emphyteuſim conſueuit. d. c.17. num.4 ad quod allegat tex. cum communi ad eum Doctor. interpretatione in cap.2. de feud. communem etiam tradit, & ſequitur Clar. in §. emphyteuſis, quæſt. 6. num.1. & 2. & in feudo agens latiùs proſequitur in §. feudum, quæſt. 13. per tot. in feudo, & in emphyteuſi Rebuff. d. compend. num.33. Redoan. d. tract. rubr. 1. c. 22. à num.23. & rubr. 11. ex num.54. & rubric.33. caſu 6. per tot. & alijs citatis Gam. deciſ. 342. num.1. Vbi num. final. tradit, vnicam ſufficere emphyteuticationem cum ſpatio quadraginta annorum, vt res ſolita emphyteuticari, dicatur, & ſic fuiſſe iudicatum, licèt alij, quos ibidē refert, contradicant, tenentes, duplicem requiri emphyteuſis conceſsionem intra illud tempus quadraginta annorum; quam ſententiam, cū Bald. & alijs quos refert, tenet Redoan. d. num.54 & d. caſu 6. num.20. & eod. tractat. quæſt.10. num. 4. & 5. & in feudo loquens, vt tutiorem, & quæ minus fauet alienationi rerum eccleſiaſticarū, tenendam fore, dixit Clar. d. quæſt.13. num.4. & communem refert ibi ex Iaſ. conſ. 155. col. penult. verſicul. Non obſtat ſecundum, lib. 2. ſed concordari poſſunt opiniones hæ, vt prima procedat, quando poſt primam emphyteuticationem, prælati alij ſucceſſerunt in ſpatio illo quadraginta annorum, alienationi vtilis dominij non contradicentes; tunc enim vnica emphyteuticatio cū plurium prælatorum patientia, & longiſsimo quadraginta annorū tempore, emphyteuticandi conſuetudinem inducet; ſecunda verò opinio procedat caſu quo prælatus qui rem dedit in emphyteuſim, toto illo tempore eccleſiam adminiſtrauit; hoc enim caſu vnicus tantùm emphyteuticandi cenſebitur actus tametſi diuturnus, qui ad conſuetudinem inducendam iure non ſufficit.

13. Illud verò quod communiter traditur, rem eccleſiæ ſolitam emphyteuticari, absque requiſitis aliàs ad alienandas res eccleſiæ ſolennitatibus emphyteuticari poſſe, modò ea adhibeatur ſolennitas, qua res emphyteuticari conſueuit, limitat Abb. in c. vt ſuper col. 2. num. 11. de reb. eccleſ. non alienand. vt tantùm procedat, cùm nouæ conceſsionis tempore perdurat cauſa prioris, aliàs enim ſi non extat cauſa prioris, ſed ceſſat iam, non poterit noua fieri inueſtitura abſque ſolennitate, & cauſa, & ſic limitat Abb. notandumquè dicit, & à Doctoribus non traditum, quem refert, & ſequitur Redoan. d. rubr.11. num. 56. cum ſequentib. & rubr.33. caſu 6. nu.16. & 24. Mihi quidem limitatio iſta non diſplicet, licèt communis practica, eam vt riguroſam nimis reputans non acceptet, ſecundùm Card. in c. 1. qui feud. dar. poſſ. relatum à Redoan. d. num. 16. Sed & de communi ipſa quatenus rem ſolitam infeudari, aut emphyteuticari, in feudum, aut emphyteuſim denuo dari poſſe ſinè ſolennitate, probat, multùm dubito, propter cōmunem alteram ſententiam tradentem,

tem, ſolennitatem á ſacris Canonibus requiſitam in alienandis rebus eccleſiarum, non poſſe conſuetudine remitti; vt eſſe communem ſententiam, cum Ioan. Andr. ab eo relato tradit Redoan. d. tract. rubric. 23. nu. 21. de quo latiùs per eundem rubr. 33. caſ. 18. Couar. d. lib. 2. c. 17. num. 4. vbi communem accipit ad alienationem totius rei, id eſt, cùm vtile dominium, ac directum ſimul alienatur, & non cùm vtile tantùm, prout euenit in conceſsione emphyteuſis; quod non placet, quia vtilis dominij alienatio tam pertinet ad alienationis prohibitionem, quàm vtilis ac directi ſimul alienatio.

Vnde maioratus bona, quia alienari prohibita ſunt, in emphyteuſim dari non poſſunt propter vtilis dominij alienationem; vt tradit Pinel. in l. 1. 3. part. num. 65. C. de bon. matern. Molin. de Hiſpanor. primogen. lib. 1. c. 21. num. 31. cum ſequentib. vbi hoc clariſsimum dixit, latè Cald. de renouat. emphyteuſ. quæſt. 16. num. 2. cum ſequentib. Qua etiam ratione, eccleſiæ bona emphyteuticari nõ poſſunt abſque ſolennitate quæ ad alienationem requiritur, vt in prima emphyteuſis conceſsione agnoſcunt omnes; ex quo, iuncta communi prędicta ſententia, ad ſequentes ego argumentor; ſi enim prima emphyteuſis cõceſsio, quia comprehenditur ſub prohibitione alienationis, abſque ordinaria ſacrorum Canonum ſolennitate fieri non poteſt, vt omnes fatentur, & talis ſolennitas conſuetudine remitti nequit, iuxta communem ſententiam, bene ſequitur, quòd etſi res ſolita ſit emphyteuticari, finita vltima emphyteuſi, non poterit denuo in emphyteuſim dari absque ſolennitate requiſita ad alienationem rerum eccleſiæ. Obijciet aliquis, quid ergo conſuetudo emphyteuticandi operatur? Reſpondeo, legitimam nouæ emphyteuticationis cauſam, vt ſup. præmiſi.

14. Hoc tamen ſic accipiendum erit, vt cùm ad nouam emphyteuticationem neceſsitate legis deueniendum ſit, ſolennitas ad alienationem requiſita neceſſaria nõ ſit, puta, cùm ex renouationis iure vltimi emphyteutæ hæredi competente, emphyteuſis renouari debeat; quo caſu, ſatis erit ſolennitatem illam adhiberi, qua emphyteuſis renouari conſueuit, alijs prætermiſsis, quę locum ſibi nõ vendicant in alienatione neceſſaria, cui res alienari prohibita ſubiecta manet, vt pro regula pluribus citatis tradit Tiraq. de retr. titul. 1. § 1. gloſſ. 14. nu. 11. Fabian. de emption. & vendit. 14. quæſt. 4. principal. Redoan. d. tractat. rubric. 33. caſ. 22. per tót. & rubric. 18. num. 30. cum ſequentib. Molin. d. lib. 1. c. 10. num. 20. Cald. d quæſt. 16. num. 39. latiſsimè, & ad varias ſpecies proſequitur, & explicat Menoch. de arbitrar. lib. 2. caſu 182. Atque ita, in caſu iſto neceſſariæ emphyteuticationis communem ſententiam accipio, vt absque ſolennitate ordinaria requiſita ad alienationem rerum eccleſiæ facta valeat; ſed cùm ad emphyteuticationem deuenitur, non ex neceſsitate, ſed ex voluntate, eo ſolo quód res emphyteuticari ſolita ſit, ordinariam ſolennitatem adhibendã fore, cenſeo, emphyteuticandi conſuetudine habita pro cauſa, cum qua & ſolennitates aliæ debent concurrere ad alienationis validitatem. Iuxta quod accipienda ſunt quæ circà ſolennitates ad renouationem emphyteuſis tradunt Gam. deciſ. 161. & Cald. illi contrarius, de renouat. quæſt. 14. Gutierr. practic. lib. 3. quęſt. 75. nu. 5.

15. Controuerſum verò eſt, an cauſa alienationis pro ſolennitate illius requiratur, ita vt propter cauſæ defectum

defectum alienatio irrita maneat tametsi alijs solennibus adhibitis celebrata fuisset. In qua quæstione, communem sententiam pro parte affirmatiua dicit, & probat Couar. d. lib. 2. c. 17. nu. 2. per tex. in c. 2. de reb. eccles. non alienand. lib. 6. vbi Ioan. Andr. & alij ita tradiderunt; alij verò censent, alienationem quidem iure valere, sed restitutionis ope rescindi posse, iuxta tex. in c. 1. de in integr. restit. Quorum sententiam, secundùm præsumptionē iuris recipit Couar. d. nu. 2. ad fin. id est, vt alienatio in qua de solennitate constat, quanuis de causa alienationis iure permissa non constet, præsumptiuè sustineatur, quasi legitimam ad alienandū extitisse causam, præsumptio sit; contra quam tamen iuris præsumptionem, causam non affuisse, ecclesia probare poterit, vt omnes fatētur secundùm Couar loco citato, nouissimè Mantic. de ambig conuent. lib. 3. tit. 10 nu. 69. tom. 1. quo probato irrita decernetur alienatio secundùm communem sententiam.

In cuius confirmationem addo, ad alienationē rei ecclesiæ, maioris momenti esse causam, quàm quāuis aliā solennitatem; quinimò solennitas ad causam subordinata est, ad eius, inquam, tractatū, & examinationem; si ergo propter solennitatis defectum irrita maneret alienatio, quanuis ex legitima causa facta probaretur, & quāuis ecclesiæ vtilis esset, vt cū Bart. in l. cùm hi, §. eam transactionem, ff. de transact. & magis cōmuni sentētia contra gloss. ibi verb. alimentarius, probat Pinel. in l. 1. 3. part. nu. 31. C. de bon. matern. Surd. cons. 391. nu. 25. vbi alios refert. 3. vol. Multò magis irrita manebit alienatio ob causæ omissionem, quāuis solennitas alia adhibita fuisset, quia propter quod, vnūquodque tale, & illud magis, Auth. multò magis. C. de sacrosanct. eccles.

16. Illud inter omnes ferè cōstat, quod hospitalium bona quæ Ordinarij loci authoritate sunt instituta, ad eandem pertinent alienationis prohibitionem, ad quam bona ecclesiæ; quæ verò à priuatis personis absque episcopi authoritate sunt ordinata, ecclesię priuilegijs non gaudent, sed secularia loca cēsentur, vt tradit Bald. in Auth. hoc ius porrectum, nu. 2. C. de sacrosanct. eccles. sequitur Paul. ibi nu. 2. Card. in clem. 2. versic. Illi etiā, nu. 5. de religios. domib. latè Felin. in c. de quarta, nu. 3. versic. Secundò in alienatione, de præscription. Rebuff. in compend. alienation rer. eccles. nu. 57. Redoan. d. tract. de reb. eccles. rub. 27. à nu 1. cum sequentib. Gam. decis. 390. num. 6. & pluribus citatis Valasc. cons. 105. nu. 34. tom. 2. plures etiam eandem distinctionē tradentes citat Castill. de vsufruct c. 54. nu. 24. vbi tamen ille in versic Menochius tamen, aliter sentit secutus Menoch. recuperand possess. rem. 15. nu. 36. & Ioan. Gutierr. Canonicar. quęst. c. 35. nu. 23. ab eo citatos Nec tantùm hospitalis priuati bona Canonicis solennitatibus sunt exempta, sed & locū ipsum, in quo hospitale fundatum est, tanquàm secularem, alienari liberè posse in quascunq; personas, scripsit Innoc. in c. inter dilectos, n. 2. versic. Vel dic, de donat. Hoc autem sic accipiendū est, vt non liceat, eiusmodi hospitalis administratoribus, bona eius pro libito alienare, vt aduertit Card. d. clem. 2. versicul. Illi etiam, prope fin. Imò, si sinè causa bona alienent, & dissipent, poterit quilibet de populo illis resistere, & opponere se iniustæ alienationi, episcopo negligente, secundùm Felin. d. c. de quarta, num. 3. versic. Concedo, Redoan. d. rubr. 27. nu. 5. per tex. quem singularem dicit, & vulgatum, in § si autem locorum, Auth. de ecclesiastic. titul. collat. 9. &,

repetit idem rubric.33.caſ.12. nu.4.

17. Prędicta verò diſtinctio circà rerũ alienationes in hoſpitalibus aſſignata, capellis etiam, & oratorijs cõuenit; quæ enim epiſcopi authoritate ſunt fundata, in alienationibus rerum ſuarũ, Canonicis ſolennitatibus vice eccleſiæ ſubijciuntur; quæ verò priuata ſunt, illis non ſubduntur; vt in oratorio loquẽs ſimul ac in hoſpitali tradit Rebuff. d. compend nu.57. & in capellis Cabed. noſter deciſ.51.nu. 5. part. 1. quibus additur Hiſpanus Hieronym. Gonzal. in regul. 8. Cancellar gloſſ.5. vbi nu 20. cũ ſequentib. tradit, capellaniam fundatam absque epiſcopi authoritate, beneficium eccleſiaſticum non eſſe, & de oratorijs idem æquè tradit ibid.nu.61.

18. In confraternitatibus quoq; eadem diſtinctio adhibenda erit, vt, videlicet, ad alienationem bonorum earum quę cum ordinarij authoritate ſunt inſtitutæ, eccleſiaſtica ſolennitas requiratur, ideſt, epiſcopi conſenſus, & confratrum, ſeu maioris partis eorum, cum legitima alienationis cauſa; quæ verò absque epiſcopi authoritate ſunt ordinatæ, eccleſię iure non fruuntur; & in his accipiendus eſt Bald. in Auth. hoc ius porrectum, nu.3. in princ C. de ſacroſanct. eccleſ. vbi ſcripſit, corpus fraternitatum, poſſe res ſuas vendere, & de illis diſponere, ſicut ſecularia quęque collegia, per l. 1. §. quibus autem. ff. quod cuiusque vniuerſitat. nomin. & ita ſe conſuluiſſe refert; quem ſequitur ibi Paul. n. 2. Rebuff d. compend. alienat. rer. eccleſ. nu.56. Redoan. d. rubr.27. nu 15. & rubr.33. caſ.15. Gam. d. deciſ. 390. nu 6. Cabed d. deciſ.51. n.3. quod enim de alienatione libera rerum cõfraternitatum ab his Doctoribus traditur, in ijs accipiendum eſt, quæ absque ordinarij authoritate ſunt inſtitutę, iuxta id quod in hoſpitalibus tradiderunt; iuxta quod in confraternitatibus eccleſiaſtica authoritate fundatis diuerſum nuncupatim tenet Redoan. d. rubr. 27. nu. 17.

19. Apud nos verò, etiam in ſic inſtitutis prohibita eſt alienatio bonorũ earũ per leg. Regiam lib.1. titul. 62. §. 64. Quam, etſi generaliter loquatur, vt à iure communi minus deuiet, ego in ijs ſolũmodò acciperem, quæ abſque epiſcopi authoritate ſunt ordinatæ, vt alienationis prohibitio de qua lex Regia, in illis intelligatur; & non in illis quæ cũ epiſcopi authoritate ſunt ordinatæ, harum enim res alienari poſſunt cũ epiſcopi cõſenſu, & confratrũ, legitima alienationis intercedente cauſa; pro quo facit, quòd lex eadẽ inter has, & illas, circà iuriſdictionalia differentiã ſtatuit in §.39.

20. Vltimò, ſciendum eſt, nonnullos eſſe caſus, in quibus res eccleſiæ absque requiſita aliàs ſolennitate alienari poſſunt; nouem adducit Rebuff. d. compend. á n.24. cũ ſequẽtib. triginta Redoan. d tract. rubr.33 vbi latè proſequitur; inter quos, Rebuff. num.29. & poſt eum Redoan caſ.22. ponunt caſum neceſſariæ alienationis, cùm, nempe, eccleſia alienare neceſſe habet, quia propriũ habere non poteſt; cuius etiã caſus meminit Paul. ad hoſpitale Senenſe, in d. Auth. hoc ius porrectũ, nu.2. & eiusdẽ, ad Sanctę Miſericordiæ Vlyſſiponenſem cõfraternitatem meminerũt Valaſc. d. cõſ. 105 nu.36. Cabed. d. deciſ.51. nu.3. cui quidẽ confraternitati bene conuenit illud Pſalmographi Pſal. 111. *Diſperſit, dedit pauperibus*, habere enim propria, ex laudabili inſtituto ſuo non poteſt, idcircò, bona vndequaque ſibi obuenientia, ſub haſta ſtatim vẽdit, pauperibus pretium erogatura, cõſilium Domini ſecuta, Matth.19. *Si vis*, inquit, *perfectus eſſe, vade, vende omnia quæ habes, & da pauperibus.*

CAP.

CAP. DECIMI

SVMMARIA.

1. TRaditur, minorem viginti quinque annorũ, in iudicio procuratorio nomine eſſe non poſſe. Idem de iure Regio Luſitaniæ noſtræ, intellecta Ord. lib. 3. titul. 9. §. 5. Limitatur in caſu l. ſi collactaneus. ff. de manumiſſ. vindict. nu. 3. verſic. Reliquum.

2. Probatur communis opinio, ſecundùm quam minor ſeptemdecim annorũ conſtitui poteſt procurator ad negotia.

3. Intelligitur tex. in l. ſi collactaneus ff. de manumiſſ. vindict. & in § eadem lege, verſicul. final. inſtit quib. ex cauſ. manumit non lic. Exceptio procuratoria ob ætatis defectũ, etiã poſt litem conteſtatã opponi poteſt, & reddit iudiciũ retro nullum, ſecundùm cõmunem d. nu. 3. verſicul. Et ita. Declaratur ibid. in fin.

4. Minor reſtitutionis auxilio non vtitur aduerſus ea quæ vt procurator alterius geſſit, præterquàm ſi damnũ inde ipſe patiatur.

5. & 6. Seruus, non ſolùm proprius, ſed etiam alienus, procurator ad negotia conſtitui poteſt. Ad iudicia verò non poteſt; & procuratoria exceptio in iſto caſu quandocunque opponi poteſt, & reddit iudiciũ retro nullũ.

7. Mulier ad iudicia procuratrix eſſe non poteſt regulariter; & quinque explicantur caſus traditi à Specul. in quibus fallit regula.

8. & 9. Alius ponitur caſus in quo mulier admittitur in iudicio pro alio, ad intellectũ. l. 2. C. de negot. geſt.

10. Refertur Archidiac. opinio, qui tenet. mulierem pro alio comparere poſſe in iudicio, cùm agitur rei veritate inſpecta, remotis iuris apicibus. Contrariũ magis probatur in verſicul. Sed quod attinet.

11. Contra Bald. probatur mulierem nec in iudicio voluntariæ iuriſdictionis pro alio intereſſe poſſe.

12. Procuratoria exceptio mulieri ante litem conteſtatam opponi debet.

13. Mulier ad negotia procuratrix eſſe poteſt, & mandati actione obligatur. Contra hoc opponitur, & ſoluitur difficultas, nu. 14.

15. & 16. Miles armatæ militiæ, & cæleſtis militiæ miles, nec ad negotia, nec ad iudicia procuratores eſſe poſſunt, & valet argumentum de vno ad alterũ, cùm diſpar non eſt ratio.

17. Priuatorum pacto effici non poteſt, vt miles in iudicio procuratorio nomine pro alio eſſe poſſit; & procuratoria exceptio ante litem conteſtatam opponi illi debet.

Quædam in iudicio poſſunt omitti, quæ pacto remitti nequeunt, vt Macedoniani Senatuſconſulti exceptio, & Velleiani, ibi in verſicul Et quædam.

Et cur procuratoria exceptio militis per omiſſionem tolli poſſit, pacto verò remitti nequeat in verſic. Quod verò.

18. Iudex ex officio ſuo etiam parte non opponente poteſt militem à procurando remouere, dummodò ante litem conteſtatam remoueat.

Iudex officium ſuum ad priuatam vtilitatem impertire non poteſt parte non petente; in ijs verò quæ principaliter publicum reſpiciunt cõmodum, & fauorem impertire poteſt, & debet, ibi.

19. Procuratoria exceptio oppoſita illi qui pro ſe aliàs in iudicio eſſe poterat, ante litem conteſtatam opponi debet; oppoſita verò illi qui nec pro ſe in iudicio eſſe poteſt, quandocunque opponi poteſt, & reddit iudicium retro nullum, ſicut & exceptio falſi procuratoris.

20. Concluſio, quòd miles procurator eſſe non poteſt, de quo intelligatur, declaratur.

21. Traditur, quòd miles data ſibi ſubſtituendi poteſtate, ſubſtituere alium poteſt: Et quid in alijs qui procuratores eſſe nequeunt.

CAP. DECIMVM.

De Procuratore.

PRocuratorum ad contractus vsus frequentissimus vbiq; est; & quia illi in contrahendo, nõ propriam, sed alienam personam gerunt, hunc illis inter personas contrahentium vltimũ locum deputauimus; in quo, & amplioris doctrinæ gratia, & quia in iudicio quasi cõtrahitur, de procuratore quoque ad iudicia, simul, ac summatim agemus. Quia verò procuratoris munus agere omnes possunt tam ad cõtractus, quã ad iudicia, quibus id in iure specialiter prohibitũ nõ reperitur, quibus id prohibitũ extet, inuestigare, opus est. Et quidẽ religiosi, & ecclesiastici status dignitas postulabat, vt à monachis, & clericis, tanquàm á dignioribus, exordium sumeremus, si de illis sup. c. 4. vbi de monachorũ contractu egimus, dictũ iam nõ esset ex n. 17. Et de filiofamil. diximus c. 2. n. 54. Et de muliere coniugata, c. 7. n. pen. & vlt.

1. Quarè, his modò omissis, de quibus in superioribus dictũ fuit quantũ ad præsens institutum satis sit, prima nunc se offert quæstio de minore, an, scilicet, aliena negotia procuratorio nomine de mandato alterius gerere posit? Et quidem, ad iudicia non potest procurator cõstitui minor viginti quinque annorum, iuxta tex. in c. qui generaliter. §. vltim. de procuratorib. lib. 6. per quem hoc ita inter omnes conuenit, & de iure ciuili probat tex. in l. exigendi, versic. Sanè, iuncta glos. ibi, verb. nõ iniustè. C. de procurator. l. minor, iuncta gloss. verb. non est, ff. eod. & pluribus citatis cõmunem tradit Cald. in l. si curatorem, verb. hunc contractũ, n. 38. versic. Notũ est enim C. de in integr. restit. minor. vbi & nu. 39. etiã de iure nostro idẽ probauit per Ord. lib. 1. tit. 38. §. 15. in antiquis, quæ in nouis est sub eod. lib. tit. 48. §. 20.

Sed iure nostro Regio sufficere in minore septemdecim annorũ ætatẽ esse completam, vt procurator ad iudicium dari posit, obseruauit Thom. Valasc. allegat. 20. num. 9. tom. 1. per Ord. lib. 3. tit. 9 §. 5. in quo tamen ego cum illo non conuenio, quia iuris communis correctionem per ius nostrũ Regium, vbi nõ reperitur expressa, facilè nõ admitto; aduerto verò, correctionem hanc iuris saltem indistinctè non induci in Ord. d. §. 5. in versic. Porem, quem ille pro ea adducit; nam versic. hic inspecto §. initio cum quo continuatur, planè loquitur in filio, aut liberto, procuratore alterius ad negotia constituto, & in illo septemdecim annorũ ætatem cõpletam requirit, vt in iudicio, procuratorio nomine esse, posit circà rem ad negotiũ sibi mandatũ pertinentem; atque ita probat lex Regia, quòd procurator ad negotia cõstitutus, in iudicio esse posit maior septẽdecim annorũ, vt procurator illius cuius negotia suscepit circá res ad suscepta negotia pertinentes, quasi id in consequentiã procuratorij muneris ad negotia veniat; nõ verò probat, quòd in illa ætate cõstitutus ad iudicia procurator deputari principaliter posit; & diuersa ratio militat in hoc, ac in illo, vt cuiq; facilè apparebit; atque ideo, quod in illo disposuit lex nostra, ad hunc extẽdi non debet, præsertim cũ iuris cõmunis correctione, secundùm vulgares traditiones. Duo, itaq;, casus sũt distinguendi, vnus de procuratore ad iudicia, alter de procuratore ad negotia principaliter constituto, cui per accidens necesse sit, rem ad negotiũ sibi commissum pertinentem in iudicium deducere, & in hoc dicendum est, posse procuratorio nomine id facere, si decem & septem ætatis annos habeat, iuxta Ord. in casu isto loquentem

tem.d.titul.9. §.5. versicul.Porem; in altero ius commune seruandum erit d.c.qui generaliter.§.vltim.de procurator.lib.6. cui conuenit Ord.nostra lib.1.titul.48. §. 20. qua confirmatur præcedens sententia & interpretatio ad Ord.d.lib.3.tit.9 §.5.versic.Porem.

Atque ita, post hæc scripta inueni, prædictas leg.Regias intelligere,& ad concordiam reducere Francisc. de Cald.d. verb. hunc contractũ, nu.39. versic.In contrarium. A quo tamen dissentio,quatenus Ord. d. tit.9. §.5. quæ in antiquis erat sub lib.3.tit.8.§. 7. restringit ad procuratorem generaliter ad negotia constitutum, quem posse agere in iudicio,cõstat,per tex. d.c. qui generaliter, in princip. nam præterquàm quòd tex.in d. c. qui generaliter,in princ.cui leg.Regiam acceptam ille refert, non loquatur de procuratore minore viginti quinque annorum, Ord.d.titul.9 §.5. sinè violentia,aut diuinatione ad procuratorem generalem restringi nequit; & quia eadem ratio de qua sup. militat in procuratore ad certũ aliquod, seu certa negotia specialiter constituto, in hoc æquè vt in illo accipienda est.

2. Controuersum verò est in iure,an minor septemdecim annorum, procurator ad negotia fieri possit? In qua quæstione contrariæ reperiuntur opiniones,vna negat,altera affirmat. Pro negante videtur tex. in d.c. qui generaliter. §. final. de procuratorib. lib.6.cui consonat l.19.circà fin.tit.5. part. 3. secundùm Gregor. ibi verb. diez y siete; videtur etiam pro eadem sententia tex in l.si collactaneus,& ibi gloss.ff.de manumiss.vindict.& tex.in §.eadem lege, versic.final.instit.quib. ex caus.manumitt.non licet, vbi glos. finalis ita tenet, idem tenet gloss.d.l. exigendi,verb. non iniustè.C.de procurator.& Alberic. ibi, & alij citati à Sanch.de matrimon.lib.3.disput. 41. nu.8.tom.1. vbi tamen in versic.Sed multò certiùs,contrariam, vt veriorẽ probat per iura quæ allegat,& cõmunem refert ex Alex.d. l.exigendi, nu. 23. nullam,scilicet, certã requiri ætatem in procuratore ad negotia, sed eo munere quemuis rationis vsu gaudentem fungi posse; & præter citatos ab eo communem etiam refert,& sequitur Cald.d.verb. hunc contractũ, nu.40.Ego pro communi hac & vera sententia leg.nostram pondero d.lib. 3.tit.9 §.5. loquitur enim de minore procuratore constituto ad negotia, in quo tunc demũ certã septemdecim annorum ætatem requirit, cùm, vt mãdatoris procurator in iudicio esse, necessè habet, sic planè insinuans, ad agẽda procuratorio nomine negotia extra iudicium, citerioris ætatis puberem,aut etiam impuberem ratione vtentem assumi posse, iuxta communem sententiam.

Ad leg.verò Castellæ 19.circà finẽ d.tit.5.& ad d.c.qui generaliter §.fin. quibus contraria opinio probari videtur,respõdent Cald.d.nu.40.Sãch. d.disput.41.nu.8. versic.Nec obstant.

3. Quod verò attinet ad dict.l si collactaneus,& d. §. eadẽ lege,versic. final. quem gloss.ibi interpretatur in procuratore ad negotia, & tamẽ septemdecim annorũ ætas requiritur in eo ad casum de quo ibi,quod ea ratione procedere,existimat Cald.d.n.40. in fin.quia aliâs non cautè sibi prouidebat minor manumittendo seruum procuratoris habendi gratia,qui decẽ & septem ætatis annos non haberet, ex quo iusta manumissionis causa nõ oriebatur;ego magis puto,prædictam interpretationem, de procuratore ad negotia, ad iura illa, quam etiam scripsit gloss.in d.l. si collactaneus,& in d.l.minor,verb.non est,& Bart.ibi nu.1.ff.de procurator.& in d.l.exigendi,verb.non iniustè, & Bart. ibi nu.9.

ſuſtineri non poſſe, ſed magis tex. in d.l. ſi collactaneus, & d. §. eadem lege, verſicul. final. de procuratore ad iudicia neceſſariò intelligi debere; quia ſeruus, in ſeruili illo ſtatu conſtitutus, procurator ad negotia à domino ſuo deputari licitè poteſt, ad iudicia verò non poteſt, vt inferiùs trademus; atque ideo, iuſta manumiſsionis cauſa, quam iura illa requirunt, vt minor ſeruum ſuum vindicta manumittere poſsit, non erat, vt ad negotia procuratorem eum habere poſſet, cùm & in ſeruili ſtatu manentem, procuratorem ad negotia habere licitè poſſet; nec Bart. reſponſio locis citatis ſatiſfacit, qui reſpondet, iuſtam manumiſsionis cauſam in eo verti, quia magis expedit, liberum iam effectum, procuratorem ad negotia habere, quàm in ſeruili ſtatu conſtitutum; quod non puto ſecurè dictum; nam, qui cum procuratore contrahunt, illius perſonam, & conditionem non attendunt, ſed eius potiùs qui illum præponit; & domino magis expedit, eum potiùs procuratorem habere, quem & dominica poteſtate cogere poſsit.

Reliquum eſt ergo, vt iura illa, ac lex Ælia ſentia, vnde profluunt, dum iuſtam manumiſsionis cauſam exemplificant in procuratore, de illo intelligantur, qui non, niſi manumiſſus, procuratorij muneris capax eſt, id eſt, de munere procuratoris ad iudicia, quod in ſeruilem perſonam non cadit, vt bene intelligebant Iacob. de Are. & Oldr. citati à Bart. vbi ſup. qui tamen, non bene inde inferebant, minorem vigintiquinque annorum, ſeptemdecim maiorem, ad iudicia procuratorem conſtitui, poſſe, contra communem ac veram cõcluſionem. Cur verò in caſu illo, in minore ætate conſtitutus, iſtius muneris capax ſit, vt illius cauſa manumitti poſsit, ratio eſt in promptu, nempe, ipſius manumiſsionis ac libertatis fauor, cuius intuitu multa in iure noſtro contra ordinarias regulas ſæpiſsime ſcripta legimus, adeò vt pro regula tradatur, quòd libertas omnibus rebus fauorabilior eſt. l. libertas omnibus ff. de regul iur. Dicimus ergo, & non temere, vt puto, quod hunc inter alios conſecuta eſt libertas fauorem, ac ſpeciale priuilegium, vt minor viginti quinque annis, ſeptemdecim maior, procurator ad iudicia dari poſsit, quando id in cauſa eſt, vt à domino manumittatur, aliâs manumittere nõ valente, cùm dominus ipſe minor ſit, cui idcircò, ſinè legitima cauſa ſeruũ proprium manumittere non licet.

Et ita planè intelliguntur tex. in d.l. ſi collactaneus, & d. §. eadem lege; & ſic intellecti nullo modo obſtant communi ſententiæ tradenti, in procuratore ad negotia certam aliquam ætatem non requiri, nec receptiſsimæ alteri traditioni vtriusque iuris, ſecundùm quam, minor viginti quinque annorum, procurator ad iudicia dari nequit regulariter, adeò, vt & poſt litem conteſtatam, exceptio minoris ætatis opponi illi poſsit, & iudicium cum minore procuratore agitatum reddatur nullum; quod vtrumque commune tradit Alex. in d. l. exigendi, num. 22. & ſequenti, Iaſ. ibi num. 17. Vant. de nullit. proceſſ. ex inhabilitat. ſeu defect. mandat. nu. 133. Cald. d. verb. hunc contractum, num. 36. In quo tamen Bart. ſibi contrarius videtur; nam in d.l. minor, nu. 2. verſicul. Quæro extra gloſſ. hanc ſententiam probat, ſed in d.l. exigendi, num. 7. & 8. tenuit contrariam, quam gloſſæ ibi imponit vtrobique, eandẽ tenuit Bart. in l. licèt, nu. 5. C. de procuratorib. à qua tamen impoſtura gloſſam ſaluant Alex. dict. l. exigendi nu. 22. & alij ſecundum Iaſ. ibi nu. 18.

Cæte-

Cæterùm, vt contrarietas ista euitetur, & vtraque opinio concordetur, prima debet accipi in exceptione impuberi opposita qui pro se in iudicio comparere non potest; posterior de pubere intelligenda est, qui habet legitimam personam standi pro se iudicio, iuxta resolutionem infra traditam.

4. Illud verò explorati iuris est, minorem læsum in eo quod vt alterius procurator gessit siue in iudicio, siue extra iudicium, restitutionis auxilio vti non posse, cùm damnum inde proueniens, in illum, qui præposuit eum, redundet, qui sibi debet imputare, quòd tali negotia sua commiserit. l. cùm mandato. ff. de minorib. l. 3. §. final. cum leg. sequenti, & ibi gloss. & Doctor. eod. titul. Cald. d. l. si curatorem, verb. læsis, num 34. Quod tamen sic accipiendum est, vt non procedat quando minor ex negotio quod alieno nomine gessit, damnum patitur, vt in d. l. cùm mandato, versicul. Sed si ex euentu, explicat Cald. d. nu. 34. versicul. Ex quo, post relatos ab eo.

5. Seruus ad negotia procurator esse potest, ad iudicia non potest, vt scripsit glossa in l. minor, verb. non est. ff. de procurator. & ibi Bart. nu. 1. & in l. exigendi, nu. 9. C. eod. Et quod ad negotia attinet, allegant tex. in l. seruum. ff. eod. titul. quē tamen gloss. ibi verb. procuratorem, diuerso sensu interpretatur. Nec solùm proprius, sed & alienus seruus ad negotia procurator constitui potest. l. 1. §. magistrum, versicul. Cuius autem. ff. de exercitor. act. l. 1. l. sed etsi quis, versic. Parui autem. l. sed etsi pupillus. §. final. l. idem erit. ff. de institor. act. Et seruus ipse ciuiliter actione mandati non tenebitur, sed naturaliter tantùm, quia ciuilis obligatio in illius personam non cadit, vt tradidimus sup. vbi de seruorum contractibus egimus; gesta verò per eum procuratorio nomine tenebunt, & dominum, ac eum cum quo contraxit, firmiter obligabunt.

6. Quia verò seruus legitimam personam standi in iudicio suo nomine non habet. l. non idcircò. §. 1. ff. de iudic. l. seruus. C. eod. titul. tradit Barbos. in l si longius. §. si filiusfamil. num. 80. cum duobus sequentib. ff. de iudic. & in l. 3. num. 5. ff. solut. matrím. vbi addit, nec consentiente domino seruum in iudicio esse posse, qui quod ad ius ciuile attinet pro mortuo habetur. l. quod attinet. ff. de reg. iur. nec vt procurator alterius in iudicio consistere potest, Bart. vbi sup. & in l. licèt nu. 5. C. de procurator. Ias. d. l. seruus, Barbos. d. l. 3. num. 5. & isto casu procuratoria exceptio quandocunque opponi potest, & reddit iudicium retro nullum, secundùm Bart. d. l. licèt, num. 5. vbi hoc pro regula tradit in omnibus qui nec pro se, nec pro alio comparere in iudicio possunt, cuiusmodi est seruus, sequitur Ias. d. l. seruus, & in d. l. exigendi, num. 17. communem tradit Vant. de nullitat. ex inhabil. seu defect. mand. nu. 132. cum seq.

7. De muliere coniugata diximus sup. c. 7. num. penult. & vltim. solutæ eadem causa est, quia in iudicio pro alio consistere nequit. l. neque fæmina. ff. de procurator. l. quia absente. l. alienam. C. eod. titul. l. fæminæ iuncta gloss. magna ibi ff. de regul. iur. & pro regula ponit Specul. lib. 1. titul. de procuratore. §. 1. num. 1, à qua quinque casus excipit in quibus mulier ad iudicia procuratrix esse potest, quorum primus est, si in rem suam procuratrix sit constituta, de quo in d. l. quia absente; secundus, quando pro parentibus agere impeditis, nec alios procuratores habenti-

bus agit, vt in l. fęminas. ff. de procu. ratorib. duo enim copulatiuè requiruntur ibi, vt pro parentibus fæmina in iudicio agere posſit, nempe, quód illi ſint impediti, & quód nō habeant, qui eorum nomine agere poſsit.

Quibus exiſtentibus, circà liberos idem probandum erit, quos quoad hoc parentibus æquiparat gloſſ. final. in fin. in l. 1. ff. de appellation. recipiend. quæ gloſſa communiter intelligitur de liberis pupillarem ætatem iam egreſsis, per Scribent. in d. l. fæminas, & in d. l. alienam, ſecundùm Alex. ibi, num. 3. & vtrobique ita ſenſit gloſſ. propter difficultatem tex. d. l. alienam, vbi matri, filium pupillum defendere, non permittitur, quia, ſcilicet, in ea ætate conſtitutus tutorem habere debet, à quo defendatur. Quò fit, vt ſi impuberis tutor abſit, ita quód in mora periculum ſit, nec alius exiſtat idoneus defenſor, pro illo admitti mater debeat, quia tunc extat ætatis impedimentum, & non extat qui pro illo coram iudice compareat, quæ duo requiruntur in d. l. fęminas, vt pro parentibus fæmina agere poſſit; & illis exiſtentibus, vtique, & pro liberis agere mater poterit, ſic intellecta d. l. alienam, & generaliter accepta æquiparatione parentum, & liberorum, quam poſuit gloſſ. in d. l. 1. ff. de appellat. recipiend. & tex. in l. 2. § final in fin. ff ad Velleian. vbi gloſſ. final. ſic intelligit.

Tertius caſus eſt, quando filiorum tutelam gerit, erit enim tunc eorum nomine in iudicio admittenda, vt probatur in c. ex parte 2. extr. de appellation. & c. ex tenore, qui fil. ſint legitim. Quartus, cùm agitur pro libertate filij, patris, vel viri, vel conſanguineorum, non exiſtente qui pro eis litiget. l. 3. §. cùm verò ff. de liberal. cauſ. Quintus eſt, cū pro filio cōdemnato appellat mulier, ad id enim, & ad proſequendam appellationis cauſam nomine filij admittitur in iudicio. l. 1. verſic. Sed & cùm mater. ff. de appellat. recipiend. qui Vlpian. Iuriſconſul. textus tranſcriptus habetur in c. non ſolent. 2. quæſt. 6. cui addit Specul. loco citato, quòd idem fortè erit pro quolibet cōſanguineo, arg. tex. in c. cùm ſimus, de regularib. in parte deciſa, vbi tamen hoc non probatur, vt aduertit Addit. ad Specul. ibid. Et quod matri pro filio conceſſum eſt pietatis intuitu, ad fæminas alias pro conſanguineis non eſt extendendum. Quæritur verò, cur mater ab initio pro filio non audiatur, cùm & tunc eadem pietatis ratio, eam admitti, ſuadeat; & crebrior Doctorum ratio eſt, hoc in cauſa appellationis concedi, propter maius periculum, quod ſecum inuoluit, cui idcircò pleniùs prouideri oportuit. l. 1. §. ſed etſi quis, verſicul. Nam vel magis. ff. de carbon. edict.

8. Sunt verò, vltra prædictos, caſus alij in quibus traditur, mulierem pro commodo alterius in iudicio intereſſe poſſe, videlicet, pro pupillo in caſu. l. 2. in fin. C. de negot. geſt. quem tex. mirabilem reputat Bart. ibi nu. 5. & duo in illo ſpecialia concurrunt; primum, quòd etſi is cuius non intereſt, in iudicio audiri non debeat, l. poſthumus. §. ſi quis ex his, ff. de inofficioſ. teſtamen. l. ille á quo. §. ſi de teſtamento. ff. ad Trebell. & tunc demum tertius auditur in cauſa inter alios mota, cùm eius intereſt. l. ſi ſuſpecta. ff. de inofficioſ. teſtament. l. Titia. ff. ſolut. matrim. tamen ſpeciale eſt ibi, vt matertera, extranea, ſcilicet, perſona, admittatur in iudicio pro commodo alterius, quod Bart. ibi nu. vltim. alibi ſe non reperire, ſcripſit, ex quo, tex illum mirabilem videri, dixit in num. præcedente. Secundum ſpeciale eſt, quòd fæmina in caſu illius

tex.

tex. admittitur in iudicio pro alio, contra regul. tex. l. alienam. C. de procurator. cum alijs sup. citatis. Quod vnum, & alterum speciale, fauore pupilli introductũ esse, intelligit Bart. d. l. 2. nu. final. cuius intellectum, explosis alijs sequitur Alex. ibi num. 2. &, cum illo transire Reliquos ibidem, affirmat. Atque ita, specialis ibi, vltra supra dictos, est casus, in quo mulier pro alio in iudicio stare potest, pro pupillo, nempe, ac fauore illius; quem etiam casum notauit Dec. Bart. secutus in l. fæminæ, num. 16. ff. de regul. iur.

9. Sed huic intellectui obstat d. l. alienã, vbi matri, pupilli filij sui suscipere defensionem, non permittitur, quia hoc, inquit, virile est officium, & vltra sexum muliebrem; cùm ergo ibi pro pupillo nõ admittatur mater illius, multò minus matertera admitti debet; & quidẽ, nec pro pupillo mulierem iudicio interesse posse, probat expressè tex. in d. l. alienã; atque ideo, quòd matertera intersit pro eo, & ad vtilitatẽ illius in casu d. l. 2. solius pupillaris ætatis fauori tribuendũ nõ est; nec item necessitudinis ratio ad id in causa fuit, vt aduertit Alex. ibi in fin. cõtra Paul. in l. Titia. ff. solut. matrim. Dicendũ est ergo, specialitatis causã in eo consistere, quòd mulier factum proprium docere intẽdebat, nempe, se rem pupilli proprijs suis impendijs facere paratam fuisse, quia ergo factũ proprium prætendebat, & in pupilli fauorem docere intendebat, quasi de illo bene conscia in iudicio admittitur. Cui rei præstat argumentũ quod alias traditur de testimonio serui circà factum proprium adhibendo. l. quæro, in fin. ff. de ædilit. edict. l. interrogari. C. de quæstionib.

10. Alius casus, in quo mulier, vt procuratrix alterius in iudicio cõparere potest, est, cùm in iudiciũ tale est, in quo sola rei veritate inspecta, remotis iuris apicibus procedendũ sit; tunc enim, quia procuratoria exceptio de apicibus iuris est, sicut illa, *Tu non potes esse arbiter*, iuxta tex. in l. si fideiussor. §. quædam, & ibi gloss. ff. mandat. talis exceptio mulieri alienã causam agenti opponi non poterit secundùm Archidiac. in c. scriptum. 6. quæst. 3. vbi tradidit, quòd in causis in quibus agitur de animarum salute, vt putà, in causa repetitionis vsurarũ, & decimarũ, & similium, quia in illis de apicibus iuris nõ curatur, c. duæ sunt 19. quæst. 2. poterit mulier prædicta exceptione nõ obstante procuratrix esse, & arbiter; quod Archidiac. dictũ sequitur Dec. in l. 2. nu. 16. ff. de regul. iur. Tiraq. de legib. connubial. gloss. 5. n. 171. vbi singulare dicit, & Canonistis incognitum, ex Roman. ab eo citato singul. 687. Tu audiuisti, Palat. in repetit. c. per vestras. §. 34. n. 6. vbi Rom. citat singular. 710. & nu. 9. tradit ex Bart. d. l. si fideiussor. §. quædã, & Bald. in l. si pro ea, col. final. C. mandat. & And. Sicul. in c. bona fides, in fin. extr. de deposit. apices iuris dici, solennitates quasdã seu subtilitates, quæ negotij veritatem non tangunt, de quibus, inquit, quòd in consistorio principis non curatur, quia corã principe magis locũ habet veritas, quàm ritus iudiciorũ, vt notanter dixit Bald. in l. rescripta col. 2. versic. Nota ergo. C. de precib. Imperat. offerend. per tex. quem allegat, in l. 1. §. si quis vltro. ff. de quæstionib. Quod an supremo Senatui liceat, agit Valasc. de iur. emphyt. q. 6. nu. 17. versic. Secundò attende.

Sed, quod attinet ad Archid. & Sequacium opinionem, securum non puto, posse mulierem in iudicio, quod remotis iuris apicibus agitatur, alienã causam agere, aut defendere; quia & tunc militat ratio d. l. alienam, C. de procurator. cum generali illius tex. regula,

regula, & honestatis ratio, ad quã respexit Imperator. in l. maritus, eod. tit. vt nec pro rebus suis mulieres in iudicio comparere, decens putaret, tametsi tunc hoc illis liceat, ne rei suæ detrimentũ patiantur; qua ratione in rem propriam procuratrix esse potest d. l. quia absente. C. de procurat. quia tunc non alienam rem, sed propriam gerit, vt circà militem respondit Imper. in l. qui stipendia, eod. titul.

11. Rursus, limitatur regula prædicta, vt non habeat locum in iudicio volũtariæ iurisdictionis, ad quod mulierem procuratricem dari posse, notat Bald. per tex. ibi in l. 1. §. illud quoque. C. commun. de manumissionib. quem sequuntur Dec. in d. l. 2. nu. 15. Tiraq. d. gloss. 5. nu. 171. versic. Quin etiam. Ea autem voluntariæ iurisdictionis sunt, quæ inter volentes agũtur, vt tradit gloss. 1. in l. 2. ff. de offic. proconsul. Ad quorum expeditionẽ mulier pro illis quos negotium tangit, coram iudice poterit comparere, secundùm prædictam Bald. sententiam. Quæ tamen stabili fundamento non nititur; nec enim illam probat tex. in d. §. illud quoque, quia loquitur in casu speciali, vt aduertit ibi Accurs. in gloss. 1 & Tiraq. loco proximè citato. Porrò, ratio illa seruandæ honestatis ac pudicitiæ, ob quam mulieri, aliena negotia in iudicio pertractare, interdicitur l. 1. §. sexũ. ff. de postulãd. locum quoque sibi vendicat in iudicio voluntariæ iurisdictionis, quãdo, rei persequendæ obtentu, quantumcunque remota partis contentione, conuentibus virorũ ac iudicio interesse, necesse habet. Vnde, cùm inter vtrumque casum, voluntariæ, nempe, ac contentiosæ iurisdictionis, legum distinctio non reperiatur, nec diuersa ratio, imò eadem in vtroque, eodem iure, & non diuerso, vterque determinandus erit iuxta vulgares traditiones, vt ad præcedentẽ obseruauimus.

12. Quia verò mulier pro se in iudicio cõparere potest, procuratoria exceptio illi ante litẽ contestatã opponi debet, & non postea secundùm gloss. in l. ita demũ. C. de procurator. & Bart. doctrinã in l. licèt, nu. 5. eod. tit. vbi in muliere exemplificat, & in l. filiusfamil. §. veterani, in fin. ff. eod. Ias. d. l alienam, nu. 2. versicul. Quartò limita, Vant. de nullitat. process. ex inhab. seu defect. mandat. num. 134. & sequent. Barbos. in l. cùm prætor. §. final. nu. 256. ff. de iudic.

13. Ad negotia verò mulierẽ procuratricem dari posse, nulla dubitatio est, vt tenet gloss. magna, in versic. Itẽ extra iudicia in l. 2. ff. de reg. iur. & ibi Bart. per tex. in l. 3. versic. hæc verba, ff. de negot. gest. vbi idem tenet gloss. verb. non dubitatur, Dec. d. l. 2. nu. 14. vbi ait, idem tenere Alber. & Doctor. in d. l. alienã. C. de procurator. & Abb. in c. cùm dilectæ, nu. 17. de confirmat. vtil. vel inutil. tradit Tiraq. d. gloss. 5. nu. 171. & probatur sententia ista in l. sed & si quis. §. parui. ff. de institor. action. l. idemquè § si cui mandauero, versic. & ideo. ff. mandat. & ratione cõprobatur, quia mulier cõtrahendi capax est; & ex omnibus cõtractibus, excepta fideiussionis causa, alijs efficaciter obligari, & alios obligare sibi potest, idcircò, cùm mandatũ ad negotia suscipere, prohibita nõ reperiatur, qui iuris gentium contractus est, suscipere vtique illud poterit, & susceptum adimplere, ex eoquè perindè ac masculos mandati actione obligata manebit.

14. Hoc tamen vltimũ difficultatem patitur ex eo, quòd mulier pro aliena causa & vtilitate nullo modo, & nullo ex contractu obligari, efficaciter potest Velleiani Senatusconsulti præsidio tuta. l. 2. §. final. ff. ad Velleian. cum alijs, vnde videtur, illam

illam mandati actione obligari non posse, ex mandato mandantis tantùm gratia suscepto, qui, vt frequentior contrahendi mandati modus, ante alios à Iurisconsult. scribitur in l. 2. ff. mandat. & transcribitur ab Imper. in princ. instit. eod. titul. Sed respondendum est, mulierem ex suscepto mandato obligatam, tametsi illud mãdantis tantùm gratia suscepisset, pro aliena causa obligatam non reperiri, sed magis propriam, & ex facto proprio ortam contraxisse obligationẽ, quia, nempe, suscepti mandati legẽ, culpa sua, aut dolo nõ adimpleuerit; queadmodũ obligatur negotiorũ gestorũ actione, quando sinè mandato, alienis se negotijs immiscet illius tantùm gratia cuius res agitur d. l. 3. versicul. Hæc verba; sic ergo, & cùm ex mandato gerit, mandati actione tenetur d. l. sed etsi quis. §. parui, d. l. idemquè §. si cui, versic. Et ideo.

15. Militis armatæ militiæ, & cœlestis militię militis, quod ad procuratorium munus attinet, eadem causa est, quia nec hic, nec ille ad negotia, aut ad iudicia procurator constitui potest, vt in armato milite ad negotia prohibito probat tex. in l. si militem. C. de condict. ob caus. & in l. milites C. de locat. & ad iudicia l. filiusfamilias. §. veterani, l. neque fęmina ff. de procurator. l. militem. C. eod. titul. quibus in locis gloss. cælestis quoque militiæ militis ad eandem meminit prohibitionem, & gloss. in Auth. de sanctissim. episcop § alium autem, verb. causis collat. 9. Et aliàs sæpe dispositum in vno extenditur ad alterum, & de vno ad alterum nõ inciuilis est argumentatio, vt per gloss. in l. miles. ff. de re iudicat. quæ, priuilegium de quo ibi, & in l. item miles, eod. titul. ne, scilicet, miles vltra quàm facere posśit, creditoribus suis soluere cogatur, etiam in milite cælestis militiæ locum habere, scripsit; quod communiter tenetur à Bart. & alijs in d. l. miles, secundùm Alex. ibi, num. 3. Ias. 11. Rip. 7. idem tenent Abb. & communiter Scrib. in c Odoardus, de solutionib. & alijs relatis sequitur, & declarat Couar. lib. 2. variar. c. 1. nu. 9.

Item priuilegium. l. stipendia. C. de execut. rei iudicat. vbi tex. probat iuncta gloss. final. ibi, quód in militum stipendijs sententiæ executio fieri non debet nisi priùs bonis alijs excussis, ad clericorum præbendas extendit gloss. 1. ibi. Et hoc quidem sic intelligendum est tam in milite, quám in clerico, vt illis de stipendijs, & reditibus præbendarum, relinquatur vnde viuere posśint, sicquè intelligitur tex. in cap. peruenit, de fideiussorib. tradit Rip. d. l. miles, num. 8. Couar. d cap. 1. num. 9. Et generale est, valere argumentum de milite armatæ militiæ ad militem cælestis, vt per Euerard. in locis legalib. loc. 22. Scribb. in d. l. miles, vbi Bart. dicit gloss. ibi mente tenendam, & signandam esse, quatenus æquiparat armatæ, legalis, & cælestis militiæ milites; communem testatur Alexan. ibi, in princip. & post eum num. 3. ad fin. addit Ias. ibid. nu. 14. quòd etiam in exorbitantibus licita est extentiò de milite armatæ militiæ ad militem cælestis; ad quod allegat gloss. quam dicit notabilem, in d. l. stipendia, & gloss. in l si vt proponis. C. de rei vendicat. & tex. in cap. degradatio. §. 1. & ibi Geminian. ad hoc notantem, de pæn. libr. 6. quod intelligendum est, dummodò diuersa ratio inter vtrumque diuersum ius non suadeat.

16. In proposito autem, paritas rationis vtrumque à procurandi officio remouet; etenim Dei militi forensia & sæcularia nõ licet tractare, ne mens

mens illis implicita á diuinis abſtrahatur, & idcircò multa ſunt ſæcularia illis prohibita. cap. 1. ne cleric. vel monach. quia ſecundùm Apoſtol. 2. ad Timoth. c. 2. nemo militans Deo, implicat ſe negotijs ſæcularibus, vt ei placeat cui ſe probauit; & armati milites à procurandi officio prohibentur, propter eandem quam profitentur militiæ cauſam, ne, ſcilicet, omiſſo armorum vſu, ad forenſia negotia ſe conferant; illos, namque, armis, non priuatis negotijs occupari, conuenit, vt numeris, & ſignis ſuis iugiter inhærentes rempublicam, à qua aluntur, ab omni bellorum neceſsitate defendant, vt dicitur in d. l. milites C. de locat. l. milites 2. C. de re militar. lib. 12. &, arma magis quàm iura ſcire milites, oportet. l. final. in princip. C. de iur. deliberand.

Quibus apparet, publicæ vtilitatis cauſa, quæ vertitur in militari diſciplina, & vſu, hoc ius in militibus fuiſſe inductum; & ita expreſsè probatur in d. l. militem in fin. C. de procurator.

17. Ex quo primò infertur, ius iſtud nec ab eo contra quem miles cõſtituitur procurator remitti poſſe; de quo eſt expreſſus tex. in d. l. filiusfamil. §. veterani. ff. de procurator. & gloſſ. 1. ibi, & gloſſ. in l. quos prohibet ff. de poſtuland. Quod de expreſſa remiſsione, ſeu renuntiatione eſt intelligendum, & non de tacita, cùm, ſcilicet, aduerſarius procuratoriam exceptionem ante litem conteſtatam opponere omiſit; poſt eam enim conteſtatam, tali exceptione non erit audiendus, ſed cum milite procuratore, cui tacitè conſenſit, litem proſequi tenebitur, l. ita demum. C. de procurator. d. §. veterani, vbi gloſſ. verb. prætermiſſum, notauit, quædam poſſe fieri tacitè, quæ nequeunt fieri expreſsè, vt in tex. ibi, & in l. ſi vnus. §. illud. ff. de pact. l. actus legitimi. l. expreſſa nocent. ff. de regul. iur.

Et quædam omitti poſſunt, quæ nõ poſſunt remitti. l. 2. §. ſed quia veremur, & ibi gloſſ. C. de iuram. calumn. Idquè patet, vltra caſum de quo agimus, in exceptione Senatusconſulti Macedoniani, quæ à filiofamil. remitti nequit, omitti verò poteſt. l. tamen ſi. ff. ad Macedon. Et circà Velleiani exceptionem idem tradiderũt Salycet. in l. final. §. penult. ff. ad Velleian. & in l. final. C. eod. titul. Angel. Aret. in §. item ſi in iudicio, num. 20. col. 2. in princip. inſtit. de exceptionib. Diſpar, denique, in iudicijs eſt ratio taciti, & expreſsi, vt tradit Valaſc. de iur. emphyteu. quæſt. 6. num. 17.

Quod veró attinet ad caſum præſentem, differentiæ ratio eſt, quia miles procurator ordinatus, ſicut & quiſquis alius regulariter poſt litem conteſtatam, legis miniſterio, ipſius litis dominus efficitur, adeò, quòd à domino qui eum ordinauit, reuocari deinceps ſinè cauſa nõ poteſt. l. quod quis, iuncta gloſſ. ibi l. procuratoribus, vbi Bald. & Scribb. l. nulla dubitatio. C. de procurator. c. 1. in §. 1. eod. titul. lib. 6. tradit Maranth. in repetit. l. ſi actor, num. 7. ff. eod. idcircò miles poſt litem conteſtatam, tanquàm litis dominus effectus, á procurandi munere ea in lite repelli non debet, ſicut non repellitur cùm in rem ſuam procurator eſt factus. d. §. veterani, l. ſtipendia. C. eod. titul. Ante litem veró conteſtatam nemo priuatus poteſt, conſenſu ſuo illum hominem ad procurandi munus habilem efficere, quem lex publicæ vtilitatis cauſa, inhabilẽ eſſe, voluit, iuxta regul. l. quod de bonis. §. 1. ff. ad leg. Falcid. l. ius publicum, vbi gloſſa magna. ff. de pact. l. neque pignus. §. priuatorum. ff. de regul. iur.

18. Infer-

18. Infertur secundò ad sententiam gloss.1. in d.l.ita demum,& in d. §.veterani, verb. prętermissum, tradentis, partè non opponente posse iudicem ex officio suo ante litem contestatam militem à procurando remouere; nam, quanuis iudex non posit officium suum impertire ad priuatam vtilitatem parte non postulante. l. ad peremptorium. ff. de iudic. l. 4. §. hoc autem iudicium.ff.de damn.infect.l.iam tamen. §.penult.ff. iudicat.solu. & ex gloss. verb. eum, in l.de pupillo. §. meminisse. ff. de nou. oper. nuntiat. notat ibi Bart. num.1. Ias.7.& in causa ad quam miles constituitur procurator, priuata duntaxat vertatur vtilitas inter ipsos litigantes, tamen quia prohibitio, de qua agitur, in persona militis, ob publicam causam,& fauorem à lege inducta fuit, vt diximus, poterit iudex ex officio repellere militem á limine iudicij, qui procuratorio nomine alienam causam tractare intendit, secundum gloss. sententiam in d. l. ita demum, & in d.§. veterani, quam secuta est gloss. finalis in c. exceptionem, extr. de exception. quia in ijs quæ principaliter respiciunt publicam vtilitatem & fauorem, potest iudex, & debet, etiam nemine petente officium suum exercere. l. congruit, ff. de offic. pręsid. l. si quis in hoc C. de episcop.& cleric. tradit magistraliter Bart.in d.l.4.§. hoc autem iudicium, num. 1. & 2. & in terminis in quibus agimus idem Bart.in d.l.filiusfamilias. §.veterani, 3. notab. & Angel.ibi ff. de procurator.

Poterit, itaque, iudex ex officio militem repellere qui procuratorio nomine alienam causam agere, vel defendere intendit. Quod sic intelligendum est, dummodó ante litem contestatam repellat; cōtestata enim iam lite non poterit iudex illum repellere ex officio suo, quemadmodum nec parte opponente tunc potest, vt tradit gloss. in d. §. veterani, & Angel.ibi num.2.in princip. gloss. in d. l. ita demum, quam ibi Salycet. numer. 4. singularem dixit, & ex ea notat, quòd terminus præfixus parti, iudici etiam præfixus videtur.

19. Potest verò procuratoria exceptio militi opponi ante litem cōtestatam, & non postea, ex ratione de qua sup. & quia procuratoria exceptio, dilatoria est, & idcircò ante litem contestatam opponi debet. l. Pomponius. §. ratihabitionis, iuncta gloss. ibi, & Bart. ff.de procurator.l. exceptionem.C.de probat. apud nos Ord.lib.3.titul.49. in princip. & §.2. tradit Salyc. in d.l. ita demum, post gloss.ibi, colum. 2. Vant. de nullitat. process. ex inhabilit.seu defect. mandat. num. 134. & sequenti, gloss.d.§. veterani, verb. prætermissum, & ibi Angel. d. num.2. vbi notat, facultatem opponendi exceptiones dilatorias adeò litis contestatione terminari, vt nec, iudex qui antea posset, opponere deinceps posit, dicitquè, non esse tex.hoc meliùs probantem, quàm tex. ibi.

Hoc verò intelligendum est in illo, qui, & si pro alio ad iudicia procurator constitui non posit, pro se tamen in iudicio comparere potest, cuiusmodi est miles, & mulier de qua sup. diximus; si enim nec pro alio, nec pro se in iudicio consistere posit, vt euenit in pupillo, & seruo, & monacho sinè licentia abbatis sui, talis etiam post litem contestatam remoueri potest; nec remoueri tantùm potest, sed etiam iudicium cum illo antea agitatum redditur nullum, secundúm Bart. in dict. §. veterani in fin. & alibi, vt tradidimus sup. sicut & exceptio falsi

CAP. DECIMVM.
De Procuratore.

PRocuratorum ad contractus vsus frequentissimus vbiq; est; & quia illi in contrahendo,nõ propriam, sed alienam personam gerunt, hunc illis inter personas contrahentium vltimũ locum deputauimus; in quo, & amplioris doctrinæ gratia, & quia in iudicio quasi cõtrahitur, de procuratore quoque ad iudicia, simul, ac summatim agemus. Quia verò procuratoris munus agere omnes possunt tam ad cõtractus,quã ad iudicia, quibus id in iure specialiter prohibitũ nõ reperitur,quibus id prohibitũ extet, inuestigare;opus est. Et quidẽ religiosi, & ecclesiastici status dignitas postulabat, vt à monachis,& clericis, tanquàm á dignioribus, exordium sumeremus, si de illis sup.c.4.vbi de monachorũ contractu egimus,dictũ iam nõ esset ex n.17.Et de filiofamil.diximus c.2.n.54.Et de muliere coniugata,c.7.n.pen.& vlt.

1. Quarè,his modò omissis,de quibus in superioribus dictũ fuit quantũ ad præsens institutum satis sit, prima nunc sè offert.quæstio de minore,an, scilicet, aliena negotia procuratorio nomine de mandato alterius gerere possit? Et quidem,ad iudicia non potest procurator cõstitui minor viginti quinque annorum,iuxta tex.in c.qui generaliter.§.vltim. de procuratorib. lib.6. per quem hoc ita inter omnes conuenit,& de iure ciuili probat tex. in l.exigendi,versic.Sanè,iuncta glos. ibi, verb.nõ iniustè.C.de procurator. l.minor, iuncta gloss.verb. non est,ff. eod.& pluribus citatis cõmunem tradit Cald.in l.si curatorem,verb.hunc contractũ,n.36.versic.Notũ est enim C.de in integr.restit.minor.vbi & nu. 39.etiã de iure nostro idẽ probauit per Ord, lib.1. tit.38.§.15.in antiquis,quę in nouis est sub eod.lib.tit.48.§.20.

Sed iure nostro Regio sufficere in minore septemdecim annorũ ætatẽ esse completam, vt procurator ad iudicium dari possit,obseruauit Thom. Valasc.allegat 20. num.9. tom.1. per Ord.lib.3.tit.9 §.5. in quo tamen ego cum illo non conuenio, quia iuris communis correctionem per ius nostrũ Regium, vbi nõ reperitur expressa,facilè nõ admitto; aduerto verò,correctionem hanc iuris saltem indistinctè non induci in Ord.d.§.5.in versic.Porem, quem ille pro ea adducit; nam versic. hic inspecto §. initio cum quo continuatur,planè loquitur in filio,aut liberto, procuratore alterius ad negotia constituto, & in illo septemdecim annorũ ætatem cõpletam requirit,vt in iudicio,procuratorio nomine esse, possit circà rem ad negotiũ sibi mandatũ pertinentem; atque ita probat lex Regia,quòd procurator ad negotia cõstitutus,in iudicio esse possit maior septẽdecim annorũ,vt procurator illius cuius negotia suscepit circá res ad suscepta negotia pertinentes, quasi id in consequentiá procuratorij muneris ad negotia veniat;nõ verô probat,quòd in illa ætate cõstitutus ad iudicia procurator deputari principaliter possit; & diuersa ratio militat in hoc,ac in illo, vt cuiq; facilè apparebit; atque ideo, quod in illo disposuit lex nostra, ad hunc extẽdi non debet,præsertim cũ iuris cõmunis correctione,secundùm vulgares traditiones. Duo,itaq;,casus sũt distinguendi,vnus de procuratore ad iudicia,alter de procuratore ad negotia principaliter constituto,cui per accidens necesse sit, rem ad negotiũ sibi commissum pertinentem in iudicium deducere, & in hoc dicendum est, posse procuratorio nomine id facere,si decem & septem ætatis annos habeat,iuxta Ord.in casu isto loquentem

tem.d.titul.9. §.5. versicul.Porem; in altero ius commune seruandum erit d.c.qui generaliter.§.vltim.de procurator.lib.6. cui conuenit Ord.nostra lib.1.titul.48. §. 20. qua confirmatur præcedens sententia & interpretatio ad Ord.d.lib.3.tit.9 §.5.versic.Porem.

Atque ita, post hæc scripta inueni, prædictas leg.Regias intelligere,& ad concordiam reducere Francisc. de Cald.d. verb. hunc contractũ, nu.39. versic.In contrarium. A quo tamen dissentio,quatenus Ord. d. tit.9. §.5. quæ in antiquis erat sub lib.3.tit.8.§. 7. restringit ad procuratorem generaliter ad negotia constitutum, quem posse agere in iudicio,cõstat,per tex. d.c. qui generaliter, in princip. nam præterquàm quòd tex.in d. c. qui generaliter,in princ.cui leg.Regiam acceptam ille refert, non loquatur de procuratore minore viginti quinque annorum, Ord.d.titul.9 §.5. sinè violentia,aut diuinatione ad procuratorem generalem restringi nequit; & quia eadem ratio de qua sup. militat in procuratore ad certũ aliquod, seu certa negotia specialiter constituto, in hoc æquè vt in illo accipienda est.

2. Controuersum verò est in iure,an minor septemdecim annorum, procurator ad negotia fieri possit? In qua quæstione contrariæ reperiuntur opiniones,vna negat,altera affirmat. Pro negante videtur tex. in d.c. qui generaliter. §. final. de procuratorib. lib.6.cui consonat l.19.circà fin.tit.5. part. 3. secundùm Gregor. ibi verb. diez y siete;videtur etiam pro eadem sententia tex in l.si collactaneus,& ibi gloss.ff.de manumiss.vindict.& tex.in §.eadem lege, versic.final.instit.quib. ex caus.manumitt.non licet,vbi glos. finalis ita tenet, idem tenet gloss.d.l. exigendi,verb.non iniustè.C.de procurator.& Alberic. ibi, & alij citati à Sanch.de matrimon.lib.3.disput. 41. nu.8.tom.1. vbi tamen in versic.Sed multò certiùs,contrariam, vt veriorẽ probat per iura quæ allegat,& cõmunem refert ex Alex.d. l.exigendi, nu. 23. nullam,scilicet, certã requiri ætatem in procuratore ad negotia, sed eo munere quemuis rationis vsu gaudentem fungi posse,& præter citatos ab eo communem etiam refert,& sequitur Cald.d.verb. hunc contractũ, nu.40.Ego pro communi hac & vera sententia leg.nostram pondero d.lib. 3.tit.9 §.5. loquitur enim de minore procuratore constituto ad negotia, in quo tunc demũ certã septemdecim annorum ætatem requirit, cùm, vt mãdatoris procurator in iudicio esse, necessè habet,sic planè insinuans; ad agẽda procuratorio nomine negotia extra iudicium, citerioris ætatis puberem,aut etiam impuberem ratione vtentem assumi posse, iuxta communem sententiam.

Ad leg.verò Castellæ 19.circâ finẽ d.tit.5.& ad d.c.qui generaliter §.fin. quibus contraria opinio probari videtur,respõdent Cald.d.nu.40.Sãch. d.disput.41.nu.8. versic.Nec obstant.

3. Quod verò attinet ad dict.l.si collactaneus,& d. §. eadẽ lege,versic. final. quem gloss.ibi interpretatur in procuratore ad negotia, & tamẽ septemdecim annorũ ætas requiritur in eo ad casum de quo ibi,quod ea ratione procedere,existimat Cald.d.n.40. in fin.quia aliâs non cautè sibi prouidebat minor manumittendo seruum procuratoris habendi gratia,qui decẽ & septem ætatis annos non haberet, ex quo iusta manumissionis causa nõ oriebatur,ego magis puto,prædictam interpretationem, de procuratore ad negotia, ad iura illa, quam etiam scripsit gloss.in d.l. si collactaneus,& in d.l.minor,verb.non est,& Bart.ibi nu.1.ff.de procurator.& in d.l.exigendi,verb.non iniustè, & Bart. ibi nu.9.

sustineri non posse, sed magis tex. in d. l. si collactaneus, & d. §. eadem lege, versicul. final. de procuratore ad iudicia necessariò intelligi debere; quia seruus, in seruili illo statu constitutus, procurator ad negotia à domino suo deputari licitè potest, ad iudicia verò non potest, vt inferiùs trademus; atque ideo, iusta manumissionis causa, quam iura illa requirunt, vt minor seruum suum vindicta manumittere posit, non erat, vt ad negotia procuratorem eum habere posset, cùm & in seruili statu manentem, procuratorem ad negotia habere licitè posset; nec Bart. responsio locis citatis satisfacit, qui respondet, iustam manumissionis causam in eo verti, quia magis expedit, liberum iam effectum, procuratorem ad negotia habere, quám in seruili statu constitutum; quod non puto securé dictum; nam, qui cum procuratore contrahunt, illius personam, & conditionem non attendunt, sed eius potiùs qui illum præponit; & domino magis expedit, eum potiùs procuratorem habere, quem & dominica potestate cogere posit.

Reliquum est ergo, vt iura illa, ac lex Ælia sentia, vnde profluunt, dum iustam manumissionis causam exemplificant in procuratore, de illo intelligantur, qui non, nisi manumissus, procuratorij muneris capax est, id est, de munere procuratoris ad iudicia, quod in seruilem personam non cadit, vt bene intelligebant Iacob. de Are. & Oldr. citati à Bart. vbi sup. qui tamen, non bene inde inferebant, minorem vigintiquinque annorum, septemdecim maiorem, ad iudicia procuratorem constitui, posse, contra communem ac veram cõclusionem. Cur verò in casu illo, in minore ætate constitutus, istius muneris capax sit, vt illius causa manumitti posit, ratio est in promptu, nempe, ipsius manumissionis ac libertatis fauor, cuius intuitu multa in iure nostro contra ordinarias regulas sæpissime scripta legimus, adeò vt pro regula tradatur, quòd libertas omnibus rebus fauorabilior est. l. libertas omnibus ff. de regul iur. Dicimus ergo, & non temere, vt puto, quod hunc inter alios consecuta est libertas fauorem, ac speciale priuilegium, vt minor viginti quinque annis, septemdecim maior, procurator ad iudicia dari posit, quando id in causa est, vt à domino manumittatur, aliâs manumittere nõ valente, cùm dominus ipse minor sit, cui idcircò, sinè legitima causa seruũ proprium manumittere non licet.

Et ita planè intelliguntur tex. in d. l. si collactaneus, & d. §. eadem lege; & sic intellecti nullo modo obstant communi sententiæ tradenti, in procuratore ad negotia certam aliquam ætatem non requiri, nec receptissimæ alteri traditioni vtriusque iuris, secundùm quam, minor viginti quinque annorum, procurator ad iudicia dari nequit regulariter, adeò, vt & post litem contestatam, exceptio minoris ætatis opponi illi posit, & iudicium cum minore procuratore agitatum reddatur nullum; quod vtrumque commune tradit Alex. in d. l. exigendi, num. 22. & sequenti, Ias. ibi num. 17. Vant. de nullit. process. ex inhabilitat. seu defect. mandat. nu. 133. Cald. d. verb. hunc contractum, num. 36. In quo tamen Bart. sibi contrarius videtur; nam in d. l. minor, nu. 2. versicul. Quæro extra gloss. hanc sententiam probat, sed in d. l. exigendi, num. 7. & 8. tenuit contrariam, quam glossæ ibi imponit vtrobique, eandẽ tenuit Bart. in l. licèt, nu. 5. C. de procuratorib. à qua tamen impostura glossam saluant Alex. dict. l. exigendi nu. 22. & alij secundum Ias. ibi nu. 18.

Cæte-

Cæterùm, vt contrarietas ista euitetur, & vtraque opinio concordetur, prima debet accipi in exceptione impuberi opposita qui pro se in iudicio comparere non potest; posterior de pubere intelligenda est, qui habet legitimam personam standi pro se iudicio, iuxta resolutionem infra traditam.

4. Illud verò explorati iuris est, minorem læsum in eo quod vt alterius procurator gessit siue in iudicio, siue extra iudicium, restitutionis auxilio vti non posse, cùm damnum inde proueniens, in illum, qui præposuit eum, redundet, qui sibi debet imputare, quòd tali negotia sua commiserit. l. cùm mandato. ff. de minorib. l. 3. §. final. cum leg. sequenti, & ibi gloss. & Doctor. eod. titul. Cald. d. l. si curatorem, verb. læsis, num 34. Quod tamen sic accipiendum est, vt non procedat quando minor ex negotio quod alieno nomine gessit, damnum patitur, vt in d. l. cùm mandato, versicul. Sed si ex euentu, explicat Cald. d. nu. 34. versicul. Ex quo, post relatos ab eo.

5. Seruus ad negotia procurator esse potest, ad iudicia non potest, vt scripsit glossa in l. minor, verb. non est. ff. de procurator. & ibi Bart. nu. 1. & in l. exigendi, nu. 9. C. eod. Et quod ad negotia attinet, allegant tex. in l. seruum. ff. eod. titul. quē tamen gloss. ibi verb. procuratorem, diuerso sensu interpretatur. Nec solùm proprius, sed & alienus seruus ad negotia procurator constitui potest. l. 1. §. magistrum, versicul. Cuius autem. ff. de exercitor. act. l. 1. l. sed etsi quis, versic. Parui autem. l. sed etsi pupillus. §. final. l. idem erit. ff. de institor. act. Et seruus ipse ciuiliter actione mandati non tenebitur, sed naturaliter tantùm, quia ciuilis obligatio in illius personam non cadit, vt tradidimus sup. vbi de seruorum contractibus egimus; gesta verò per eum procuratorio nomine tenebunt, & dominum, ac eum cum quo contraxit, firmiter obligabunt.

6. Quia verò seruus legitimam personam standi in iudicio suo nomine non habet. l. non idcircò. §. 1. ff. de iudic. l. seruus. C. eod. titul. tradit Barbos. in l si longius. §. si filiusfamil. num. 80. cum duobus sequentib. ff. de iudic. & in l. 3. num. 5. ff. solut. matrim. vbi addit, nec consentiente domino seruum in iudicio esse posse, qui quod ad ius ciuile attinet pro mortuo habetur. l. quod attinet. ff. de reg. iur. nec vt procurator alterius in iudicio consistere potest, Bart. vbi sup. & in l. licèt nu. 5. C. de procurator. Ias. d. l. seruus, Barbos. d. l. 3. num. 5. & isto casu procuratoria exceptio quandocunque opponi potest, & reddit iudicium retro nullum, secundùm Bart. d. l. licèt, num. 5. vbi hoc pro regula tradit in omnibus qui nec pro se, nec pro alio comparere in iudicio possunt, cuiusmodi est seruus, sequitur Ias. d. l. seruus, & in d. l. exigendi, num. 17. communem tradit Vant. de nullitat. ex inhabil. seu defect. mand. nu. 132. cum seq.

7. De muliere coniugata diximus sup. c. 7. num. penult. & vltim. solutæ eadem causa est, quia in iudicio pro alio consistere nequit. l. neque fæmina. ff. de procurator. l. quia absente. l. alienam. C. eod. titul. l. fæminæ iuncta gloss. magna ibi. ff. de regul. iur. & pro regula ponit Specul. lib. 1. titul. de procuratore. §. 1. num. 1, à qua quinque casus excipit in quibus mulier ad iudicia procuratrix esse potest, quorum primus est, si in rem suam procuratrix sit constituta, de quo in d. l. quia absente; secundus, quando pro parentibus agere impeditis, nec alios procuratores habentibus

bus agit, vt in l. fęminas. ff. de procuratorib. duo enim copulatiuè requiruntur ibi, vt pro parentibus fœmina in iudicio agere posſit, nempe, quód illi ſint impediti, & quód nō habeant, qui eorum nomine agere poſsit.

Quibus exiſtentibus, circà liberos idem probandum erit, quos quoad hoc parentibus æquiparat gloſſ. final. in fin. in l. 1. ff. de appellation. recipiend. quæ gloſſa communiter intelligitur de liberis pupillarem ætatem iam egreſsis, per Scribent. in d. l. fæminas, & in d. l. alienam, ſecundùm Alex. ibi, num. 3. & vtrobique ita ſenſit gloſſ. propter difficultatem tex. d. l. alienam, vbi matri, filium pupillum defendere, non permittitur, quia, ſcilicet, in ea ætate conſtitutus tutorem habere debet, à quo defendatur. Quò fit, vt ſi impuberis tutor abſit, ita quód in mora periculum ſit, nec alius exiſtat idoneus defenſor, pro illo admitti mater debeat, quia tunc extat ætatis impedimentum, & non extat qui pro illo coram iudice compareat, quæ duo requiruntur in d. l. fęminas, vt pro parentibus fæmina agere poſſit; & illis exiſtentibus, vtique, & pro liberis agere mater poterit, ſic intellecta d. l. alienam, & generaliter accepta æquiparatione parentum, & liberorum, quam poſuit gloſſ. in d. l. 1. ff. de appellat. recipiend. & tex. in l. 2. § final in fin. ff ad Velleian. vbi gloſſ. final. ſic intelligit.

Tertius caſus eſt, quando filiorum tutelam gerit, erit enim tunc eorum nomine in iudicio admittenda, vt probatur in c. ex parte 2. extr. de appellation. & c. ex tenore, qui fil. ſint legitim. Quartus, cùm agitur pro libertate filij, patris, vel viri, vel conſanguineorum, non exiſtente qui pro eis litiget. l. 3. §. cùm verô. ff. de liberal. cauſ. Quintus eſt, cū pro filio cōdemnato appellat mulier, ad id enim, & ad proſequendam appellationis cauſam nomine filij admittitur in iudicio. l. 1. verſic. Sed & cùm mater. ff. de appellat. recipiend. qui Vlpian. Iuriſconſul. textus tranſcriptus habetur in c. non ſolent. 2. quæſt. 6. cui addit Specul. loco citato, quòd idem fortè erit pro quolibet cōſanguineo, arg. tex. in c. cùm ſimus, de regularib. in parte deciſa, vbi tamen hoc non probatur, vt aduertit Addit. ad Specul. ibid. Et quod matri pro filio conceſſum eſt pietatis intuitu, ad fæminas alias pro conſanguineis non eſt extendendum. Quæritur verò, cur mater ab initio pro filio non audiatur, cùm & tunc eadem pietatis ratio, eam admitti, ſuadeat; & crebrior Doctorum ratio eſt, hoc in cauſa appellationis concedi, propter maius periculum, quod ſecum inuoluit, cui idcircò pleniùs prouideri oportuit. l. 1. §. ſed etſi quis, verſicul. Nam vel magis. ff. de carbon. edict.

8. Sunt verò, vltra prædictos, caſus alij in quibus traditur, mulierem pro commodo alterius in iudicio intereſſe poſſe, videlicet, pro pupillo in caſu. l. 2. in fin. C. de negot. geſt. quem tex. mirabilem reputat Bart. ibi nu. 5. & duo in illo ſpecialia concurrunt; primum, quòd etſi is cuius non intereſt, in iudicio audiri non debeat, l. poſthumus. §. ſi quis ex his, ff. de inofficioſ. teſtamen. l. ille á quo. §. ſi de teſtamento. ff. ad Trebell. & tunc demum tertius auditur in cauſa inter alios mota, cùm eius intereſt. l. ſi ſuſpecta. ff. de inofficioſ. teſtament. l. Titia. ff. ſolut. matrim. tamen ſpeciale eſt ibi, vt matertera, extranea, ſcilicet, perſona, admittatur in iudicio pro commodo alterius, quod Bart. ibi nu. vltim. alibi ſe non reperire, ſcripſit, ex quo, tex illum mirabilem videri, dixit in num. præcedente. Secundum ſpeciale eſt, quòd fæmina in caſu illius tex.

tex. admittitur in iudicio pro alio, contra regul. tex.l.alienam.C de procurator. cum alijs sup.citatis. Quod vnum,& alterum speciale,fauore pupilli introductū esse,intelligit Bart.d. l.2.nu.final.cuius intellectum,explosis alijs sequitur Alex. ibi num. 2. &, cum illo transire Reliquos ibidem, affirmat. Atque ita, specialis ibi,vltra supra dictos, est casus, in quo mulier pro alio in iudicio stare potest, pro pupillo,nempe,ac fauore illius;quem etiam casum notauit Dec. Bart.secutus in l.fœminæ, num.16. ff.de regul. iur.

9. Sed huic intellectui obstat d. l.alienā, vbi matri, pupilli filij sui suscipere defensionem,non permittitur, quia hoc, inquit,virile est officium,& vltra sexum muliebrem;cùm ergo ibi pro pupillo nō admittatur mater illius, multò minus matertera admitti debet; & quidē,nec pro pupillo mulierem iudicio interesse posse, probat expressè tex.in d.l.alienā;atque ideo, quòd matertera intersit pro eo,& ad vtilitatē illius in casu d.l.2. solius pupillaris ætatis fauori tribuendū nō est; nec item necessitudinis ratio ad id in causa fuit, vt aduertit Alex. ibi in fin. cōtra Paul. in l.Titia.ff.solut.matrim. Dicendū est ergo, specialitatis causā in eo consistere, quòd mulier factum proprium docere intēdebat, nempe, se rem pupilli proprijs suis impendijs facere paratam fuisse, quia ergo factū proprium prætendebat, & in pupilli fauorem docere intendebat,quasi de illo bene conscia in iudicio admittitur.Cui rei præstat argumentū quod aliàs traditur de testimonio serui circà factum proprium adhibendo. l. quæro,in fin.ff.de ædilit.edict.l.interrogari.C.de quæstionib.

10. Alius casus, in quo mulier,vt procuratrix alterius in iudicio cōparere potest,est,cùm in iudiciū tale est, in quo sola rei veritate inspecta, remotis iuris apicibus procedendū sit; tunc enim,quia procuratoria exceptio de apicibus iuris est, sicut illa, *Tu non potes esse arbiter*, iuxta tex. in l. si fideiussor.§.quædam, & ibi gloss.ff. mandat.talis exceptio mulieri alienā causam agenti opponi non poterit secundùm Archidiac. in c. scriptum.6. quæst.3.vbi tradidit,quòd in causis in quibus agitur de animarum salute, vt putà,in causa repetitionis vsurarū, & decimarū,& similium,quia in illis de apicibus iuris nō curatur, c.duæ sunt 19.quæst. 2. poterit mulier prædicta exceptione nō obstante procuratrix esse,& arbiter;quod Archidiac. dictū sequitur Dec.in l.2.nu.16.ff.de regul. iur. Tiraq.de legib.connubial.gloss.5. n.171.vbi singulare dicit,& Canonistis incognitum, ex Roman.ab eo citato singul.687.Tu audiuisti, Palat. in repetit.c.per vestras.§.34.n.6.vbi Rom. citat singular.710. & nu. 9. tradit ex Bart.d.l.si fideiussor.§.quædā,& Bald. in l.si pro ea, col.final.C. mandat. & And.Sicul. in c.bona fides,in fin.extr. de deposit. apices iuris dici, solennitates quasdā seu subtilitates,quæ negotij veritatem non tangunt, de quibus,inquit, quòd in consistorio principis non curatur,quia corā principe magis locū habet veritas,quàm ritus iudiciorū,vt notanter dixit Bald. in l. rescripta col.2. versic.Nota ergo.C. de precib. Imperat.offerend.per tex. quem allegat,in l.1.§.si quis vltro.ff.de quæstionib.Quod an supremo Senatui liceat,agit Valasc.de iur. emphyt. q 6.nu.17.versic.Secundò attende.

Sed,quod attinet ad Archid.& Sequacium opinionem, securum non puto,posse mulierem in iudicio,quod remotis iuris apicibus agitatur,alienā causam agere,aut defendere ; quia & tunc militat ratio d.l.alienam,C.de procurator. cum generali illius tex. regula,

regula, & honestatis ratio, ad quã respexit Imperator. in l. maritus, eod. tit. vt nec pro rebus suis mulieres in iudicio comparere, decens putaret, tametsi tunc hoc illis liceat, ne rei suæ detrimentũ patiantur; qua ratione in rem propriam procuratrix esse potest d. l. quia absente. C. de procurat. quia tunc non alienam rem, sed propriam gerit, vt circa militem respondit Imper. in l. qui stipendia, eod. titul.

11. Rursus, limitatur regula prædicta, vt non habeat locum in iudicio volũtariæ iurisdictionis, ad quod mulierem procuratricem dari posse, notat Bald. per tex. ibi in l. 1. §. illud quoque. C. commun. de manumissionib. quem sequuntur Dec. in d. l. 2. nu. 15. Tiraq. d. gloss. 5. nu. 171. versic. Quin etiam. Ea autem voluntariæ iurisdictionis sunt, quæ inter volentes agũtur, vt tradit gloss. 1. in l. 2. ff. de offic. proconsul. Ad quorum expeditionẽ mulier pro illis quos negotium tangit, coram iudice poterit comparere, secundũm prædictam Bald. sententiam. Quæ tamen stabili fundamento non nititur; nec enim illam probat tex. in d. §. illud quoque, quia loquitur in casu speciali; vt aduertit ibi Accurs. in gloss. 1 & Tiraq. loco proximè citato. Porró, ratio illa seruandæ honestatis ac pudicitiæ, ob quam mulieri, aliena negotia in iudicio pertractare, interdicitur l. 1. §. sexũ. ff. de postulãd. locum quoque sibi vendicat in iudicio voluntariæ iurisdictionis, quãdo, rei persequendæ obtentu, quantumcunque remota partis contentione, conuentibus virorũ ac iudicio interesse, necesse habet. Vnde, cùm inter vtrumque casum, voluntariæ, nempe, ac contentiosæ iurisdictionis, legum distinctio non reperiatur, nec diuersa ratio, imò eadem in vtroque, eodem iure, & non diuerso, vterque determinandus erit iuxta vulgares traditiones, vt ad præcedentẽ obseruauimus.

12. Quia verò mulier pro se in iudicio cõparere potest, procuratoria exceptio illi ante litẽ contestatã opponi debet, & non postea secundùm gloss. in l. ita demũ. C. de procurator. & Bart. doctrinã in l. licèt, nu. 5. eod. tit. vbi in muliere exemplificat, & in l. filiusfamil. §. veterani, in fin. ff. eod. Ias. d. l alienam, nu. 2. versicul. Quartò limita, Vant. de nullitat. processi. ex inhab. seu defect. mandat. num. 134. & sequent. Barbos. in l. cùm prætor. §. final. nu. 256. ff. de iudic.

13. Ad negotia verò mulierẽ procuratricem dari posse, nulla dubitatio ẽst, vt tenet gloss. magna, in versic. Itẽ extra iudicia in l. 2. ff. de reg. iur. & ibi Bart. per tex. in l. 3. versic. hæc verba, ff. de negot. gest. vbi idem tenet gloss. verb. non dubitatur, Dec. d. l. 2. nu. 14. vbi ait, idem tenere Alber. & Doctor. in d. l. alienã. C. de procurator. & Abb. in c. cùm dilectæ, nu. 17. de confirmat. vtil. vel inutil. tradit Tiraq. d gloss. 5. nu. 171. & probatur sententia ista in l. sed & si quis. §. parui. ff. de institor. action. l. idemquè § si cui mandauero, versic. & ideo. ff. mandat. & ratione cõprobatur, quia mulier cõtrahendi capax est; & ex omnibus cõtractibus, excepta fideiussionis causa, alijs efficaciter obligari, & alios obligare sibi potest, idcircò, cùm mandatũ ad negotia suscipere, prohibita nõ reperiatur, qui iuris gentium contractus est, suscipere vtique illud poterit, & susceptum adimplere, ex eoquè perindè ac masculus mandati actione obligata manebit.

14. Hoc tamen vltimũ difficultatem patitur ex eo, quòd mulier pro aliena causa & vtilitate nullo modo, & nullo ex contractu obligari, efficaciter potest Velleiani Senatusconsulti præsidio tuta. l. 2. §. final. ff. ad Velleian. cum alijs, vnde videtur, illam

illam mandati actione obligari non posse, ex mandato mandantis tantùm gratia suscepto, qui, vt frequentior contrahendi mandati modus, ante alios à Iurisconsult. scribitur in l. 2. ff. mandat. & transcribitur ab Imper. in princ. instit. eod. titul. Sed respondendum est, mulierem ex suscepto mandato obligatam, tametsi illud mãdantis tantùm gratia suscepisset, pro aliena causa obligatam non reperiri, sed magis propriam, & ex facto proprio ortam contraxisse obligationẽ, quia, nempe, suscepti mandati legẽ, culpa sua, aut dolo nõ adimpleuerit; quẽadmodũ obligatur negotiorũ gestorũ actione, quando sinè mandato, alienis se negotijs immiscet illius tantùm gratia cuius res agitur d. l. 3. versicul. Hæc verba; sic ergo, & cùm ex mandato gerit, mandati actione tenetur d. l. sed etsi quis. §. parui, d. l. idemquè §. si cui, versic. Et ideo.

15. Militis armatæ militiæ, & cęlestis militię militis, quod ad procuratorium munus attinet, eadem causa est, quia nec hic, nec ille ad negotia, aut ad iudicia procurator constitui potest, vt in armato milite ad negotia prohibito probat tex. in l. si militem. C. de condict. ob caus. & in l. milites. C. de locat. & ad iudicia. l. filiusfamilias. §. veterani, l. neque fęmina ff. de procurator. l. militem. C. eod. titul. quibus in locis gloss. cælestis quoque militiæ militis ad eandem meminit prohibitionem, & gloss. in Auth. de sanctissim. episcop § alium autem, verb. causis collat. 9. Et aliàs sæpe dispositum in vno extenditur ad alterum, & de vno ad alterum nõ inciuilis est argumentatio, vt per gloss. in l. miles. ff. de re iudicat. quæ, priuilegium de quo ibi, & in l. item miles, eod. titul. ne, scilicet, miles vltra quàm facere posiit, creditoribus suis soluere cogatur, etiam in milite cælestis militiæ locum habere, scripsit; quod communiter tenetur à Bart. & alijs in d. l. miles, secundùm Alex. ibi, num. 3. Ias. 11. Rip. 7. idem tenent Abb. & communiter Scrib. in c Odoardus, de solutionib. & alijs relatis sequitur, & declarat Couar. lib. 2. variar. c. 1. nu. 9.

Item priuilegium. l. stipendia. C. de execut. rei iudicat. vbi tex. probat iuncta gloss. final. ibi, quód in militum stipendijs sententiæ executio fieri non debet nisi priùs bonis alijs excussis, ad clericorum præbendas extendit gloss. 1. ibi. Et hoc quidem sic intelligendum est tam in milite, quám in clerico, vt illis de stipendijs, & reditibus præbendarum, relinquatur vnde viuere posiint, sicquè intelligitur tex. in cap. peruenit, de fideiussorib. tradit Rip. d. l. miles, num. 8. Couar. d cap. 1. num. 9. Et generale est, valere argumentum de milite armatæ militiæ ad militem cælestis, vt per Euerard. in locis legalib. loc. 22. Scribb. in d. l. miles, vbi Bart. dicit gloss. ibi mente tenendam, & signandam esse, quatenus æquiparat armatæ, legalis, & cælestis militiæ milites; communem testatur Alexan. ibi, in princip. & post eum num. 3. ad fin. addit Ias. ibid. nu. 14. quòd etiam in exorbitantibus licita est extentió de milite armatæ militiæ ad militem cælestis; ad quod allegat gloss. quam dicit notabilem, in d. l. stipendia, & gloss. in l si vt proponis. C. de rei vendicat. & tex. in cap. degradatio. §. 1. & ibi Geminian. ad hoc notantem, de pæn. libr. 6. quod intelligendum est, dummodò diuersa ratio inter vtrumque diuersum ius non suadeat.

16. In proposito autem, paritas rationis vtrumque à procurandi, officio remouet; etenim Dei militi forensia & sæcularia nõ licet tractare, ne mens

18. Infertur secundò ad sententiam gloss.1. in d.l. ita demum,& in d. §.veterani, verb. pretermissum, tradentis, parte non opponente posse iudicem ex officio suo ante litem contestatam militem à procurando remouere; nam, quanuis iudex non possit officium suum impertire ad priuatam vtilitatem parte non postulante. l. ad peremptorium. ff. de iudic. l. 4. §. hoc autem iudicium. ff. de damn. infect. l. iam tamen. §. penult. ff. iudicat. solu. & ex gloss. verb. eum, in l. de pupillo. §. meminisse. ff. de nou. oper. nuntiat. notat ibi Bart. num.1. Ias.7. & in causa ad quam miles constituitur procurator, priuata duntaxát vertatur vtilitas inter ipsos litigantes, tamen quia prohibitio, de qua agitur, in persona militis, ob publicam causam, & fauorem à lege inducta fuit, vt diximus, poterit iudex ex officio repellere militem á limine iudicij, qui procuratorio nomine alienam causam tractare intendit, secundum gloss. sententiam in d. l. ita demum, & in d. §. veterani, quam secuta est gloss. finalis in c. exceptionem, extr. de exception. quia in ijs quæ principaliter respiciunt publicam vtilitatem & fauorem, potest iudex, & debet, etiam nemine petente officium suum exercere. l. congruit, ff. de offic. pręsid. l. si quis in hoc. C. de episcop. & cleric. tradit magistraliter Bart. in d.l.4. §. hoc autem iudicium, num. 1. & 2. & in terminis in quibus agimus idem Bart. in d.l. filiusfamilias. §. veterani, 3. notab. & Angel. ibi ff. de procurator.

Poterit, itaque, iudex ex officio militem repellere qui procuratorio nomine alienam causam agere, vel defendere intendit. Quod sic intelligendum est, dummodó ante litem contestatam repellat; cõtestata enim iam lite non poterit iudex illum repellere ex officio suo, quemadmodum nec parte opponente tunc potest, vt tradit gloss. in d. §. veterani, & Angel. ibi num. 2. in princip. gloss. in d. l. ita demum, quam ibi Salycet. numer. 4. singularem dixit, & ex ea notat, quòd terminus præfixus parti, iudici etiam præfixus videtur.

19. Potest veró procuratoria exceptio militi opponi ante litem cõtestatam, & non postea, ex ratione de qua sup. & quia procuratoria exceptio, dilatoria est, & idcircò ante litem contestatam opponi debet. l. Pomponius. §. ratihabitionis, iuncta gloss. ibi, & Bart. ff. de procurator. l. exceptionem. C. de probat. apud nos Ord. lib. 3. titul. 49. in princip. & §. 2. tradit Salyc. in d.l. ita demum, post gloss. ibi, colum. 2. Vant. de nullitat. process. ex inhabilit. seu defect. mandat. num. 134. & sequenti, gloss. d. §. veterani, verb. prætermissum, & ibi Angel. d. num. 2. vbi notat, facultatem opponendi exceptiones dilatorias adeò litis contestatione terminari, vt nec, iudex qui antea posset, opponere deinceps posit, dicitquè, non esse tex. hoc meliùs probantem, quàm tex. ibi.

Hoc verò intelligendum est in illo, qui, & si pro alio ad iudicia procurator constitui non possit, pro se tamen in iudicio comparere potest, cuiusmodi est miles, & mulier de qua sup. diximus; si enim nec pro alio, nec pro se in iudicio consistere possit, vt euenit in pupillo, & seruo, & monacho sinè licentia abbatis sui, talis etiam post litem contestatam remoueri potest; nec remoueri tantùm potest, sed etiam iudicium cum illo antea agitatum redditur nullum, secundúm Bart. in dict. §. veterani in fin. & alibi, vt tradidimus sup. sicut & exceptio falsi

S pro-

curatoris in hoc casu tenet, vt, etsi substitutus re integra præmoriatur superstite principali, substitutus maneat,& cõmisso sibi mandato vti rectè posſit,vt tradidimus sup. 1.part.verb. *Regna condita*, nu.48. & postea ijsdem verbis nostris indiuiduè idem scriptũ, aut etiam transcriptum legimus apud Phæb.decis.80.nu.21.& sequẽti. Nec hoc tantùm quod ad procuratorem substitutum pertinet, sed & alia quæ circà ordinariam, & delegatam iurisdictionem scribimus ibid. ex n.41. dum adhuc opus sub prælo maneret, in lucem proditã vidimus d.decision. Phæbina ex n.7.versic.Sed quia hæc, vsque ad fin.Sed quid mirum,si Phæbus primò oriens quæ adhuc in tenebris erant sub tectò Typographi,luce sua palam fecerit? Per idem, sanè, tempus,& in officina eadem rem illo agebat, sed lucem priùs adeptus est; & quid mirum, si Phębus est? Nec verò hoc dico, quasi præripientem accusans,sed me metipsum excusans, ne,dum idem per idem apud vtrumque Lector offenderit, me scripta ab illo, Authore tacito transcripsisse, reputet; quod mei moris non est.

Limitationes alias prędicta conclusio patitur, circá quas, quia ad pręsens institutum nostrum non ita pertinent, modò non immoramur. Et hæc de personis contrahentium.

De conuenientijs contractuum.

CAP. VNDECIM.

Conuenientiæ primæ

SVMMARIA.

1. *Nomen Dei apponitur in publicis instrumentis, in quo facienda sunt omnia; quod sacris & humanis literis proditũ est,& moribus receptũ.*
2. *Diuini Nominis omiſsio vitiat instrumentũ, secũdùm aliquos,cõmuniter cõtrariũ tenetur.*
3. *Post diuini Nominis inuocationem, cõtractus nomen exprimitur in initio instrumenti, & is iudicatur esse, cuius nomen exprimitur, nisi contenta postea in instrumento illius natura repugnent.*
4. *Annus celebrationis contractus declarari debet in instrumento à Natiuitate Domini dinumerandus.*
5. *Nouus annus incipit à Natali Dominico; & cur Circuncisionis dies, noui anni dies communiter appelletur.*
6. *Ab Aera Cesaris antiquitùs annus numerari consueuerat, & illa triginta & octo annis Natalem Domini præceſsit.*
7. *Annorũ cõputatio ab Aera quando cæperit, & quã ob causã,& vnde Aera sit dicta, traditur.*
8. *Indictio in instrumentis apponitur vbi consuetudo contraria non est.*
9. *Temporis omiſsio vitiat contractum celebratũ in publico instrumento, secundùm communem. Et quid de iure nostro Regio Lusitano, nu. sequenti.*
11. *Probatur, temporis omiſsionem contractum non vitiare, nec instrumentum de illo gestum.*
12. *Locus contractus in instrumento est declarandus,& etiam specialis locus loci in quo conficitur instrumentum, secundùm cõmunem.*
13. *De cõsuetudine inducente, quod instrumentũ valeat absq; declaratione loci in quo cõficitur.*
14. *Probatur, nec iure communi, nec Regio irritum esse instrumentum, in quo ciuitatis locus vbi factum fuit, non est designatus, intellecta Ord. lib. 1. titul. 80. §.7. Et quid omisso loco genericè, nu. 15.& 16.*
16. *Scriptura priuata contractus valet absque temporis,& loci declaratione.*
17. *Nomina contrahentium in initio scripturæ sunt scribenda; nec abbreuiatim scripta vitiant instrumentũ, cùm de veritate constat.*
18. *Nec item vitiatur contractus, si in parte alia eiusdem scripturæ exprimantur contrahentium nomina.*

CAP. XI.
De cõuenientijs contractuũ.

Conuenientia prima.
De Initio, & præfatione communi contractuum qui in scriptura publica celebrantur.

1. Vlso de personis cõtrahentium, nunc ad res veniamus, id est, ad contractus ipsos; & antequàm generales quasdã inter eos diuisiones, seu differentias ponamus, è re erit, vt nonnulla, quæ communia sunt omnibus, præmittamus. Primò ergo, vt in nomine Dei incipiamus, quod est bonum, & decens principium, omnibus contractibus qui in scriptura publica celebrantur, commune, & vsu frequens est initium hoc, *In nomine Dei, Amen*: quod adeò vbique consuetudine receptum est, vt inter alia instrumenti publici solemnia hoc à Doctoribus primo loco tradatur; de quo Scribb. in c. 1. de fid. instrumentor. & in rubr. ff. de nou. oper. nuntiat. Speculat. tit. de instrumentor. edit. §. 1. incip. Breuiter commemoremus, num. 2. & 3. Bart. in l. si quis. § si initium, nu. 7. ff. de edend. Fab. in princ. institution. ad fin. nu. 3. Ioan. de Graff tract. de substantialib procurator § 1. num. 1. vbi inquit, quód istud est primum requisitum in omnibus instrumentis, & quòd communiter apponi cõsueuit, licèt diuersimodè, quia aliqui dicũt, *In nomine Domini, Amen*; alij, *In nomine Domini nostri IESV Christi*; alij, *In nomine sancta & indiuidua Trinitatis*; quod obseruauit Specul. d. num. 2. & nihil refert, hoc, aut illo modo scriptum sit, cùm per omnia sit inuocatio Sancti Nominis (quod intenditur) in quo facienda sunt omnia, iuxta illud Apostoli ad Colloss. 3. *Omne quodcunque facitis in verbo, aut in opere, omnia in nomine Domini nostri Iesu Christi facite, gratias agentes Deo*, repetitũ in c. non liceat, 26. quæst. 5.

Nec quidem de hoc sacris solummodò literis instruimur, quibus diuini Nominis inuocatio sæpe inculcatur, sed & humanis etiam constitutionibus in id ipsum erudimur; sub hac enim diuini Nominis inuocatione exorditur Imperât. in institut. sub eadem in l. 2. C. de offic. præfect. prætor. Afric. vbi gloss. notat per tex. ibi, in nomine Domini esse incipiendũ, eandem monet idem Imperat. Iustin. in Auth. de arm. in princ. collat. 6. vbi etiam notat Accurs. &, denique, plura in propositum piè & eruditè tam ex sacris, quàm ex humanis literis adducit nouissimè Lusitanus noster Francisc. de Cald. in cõmentar. emption. & vendition. c. 1. ex nu. 1. vbi hoc moribus receptum esse, dicit; quod & gentilium Philosophorum testimonio, Platonico præsertim exornat; vt meritó existimare debeamus, laudabilem hanc notariorum consuetudinem, hodie in toto Orbe Christiano vigere; antiquitus, namque, notus in Iudæa Deus, & in Israel magnum nòmen eius; hodie veró, á solis ortu vsq; ad occasum innotescit laudabile nomen eius, quando in omnem terram exiuit sonus eorum, id est, Apostolorũ & in fines orbis terræ verba eorum.

2. Et adeò quidem cõmuni vsu, consuetudineque generali hoc obseruatur, vt inter instrumentorum solennitates, hęc ante alias á Doctoribus tradatur, vt sup. diximus, aliquibus tenentibus, omissionem illius vitiare contractum; quod in arduis, perpetuisq; instrumẽtis visus est sentire Specul.

Specul. d. §. 1. num. 2. dicens, quòd in his semper est apponenda præfata inuocatio, quæ in minoribus, & intra breue tempus defecturis omitti potest; subdit tamen, quòd & in his apponi, decens est; eandem sententiam tenet expressè Felin. d. cap. 1. num. 2. versicul. Sed dic, vbi ait, quòd ratione consuetudinis ista solennitas est effecta de substantia, secundùm gloss. in Auth. vt præponat. nomen Imperat. §. si qua verò, verb. auctore, collat. 5. per quam dicit Abb. in proœm. decretal. col. 12. quòd omissio solennitatis ex sola consuetudine introductæ reddit actum nullum; & prædictam sententiam sequuntur alij citati à Cald. d. commentar. emption. & vendition. c. 1. nu. 16. quam latè & ex professò defendit Mart. in repetition. rubr. ff. de nou. oper. nuntiation. quæst. 1. art. 1. à num. 7. cum sequentib. & art. 2. ex num. 5. quæstion. ead. Sed contrariam probat Abb. d. c. 1. num. 3 Bart. d. l si quis. §. si initium, num. 7. Couar. practicar. quæst. c. 20. num. 1. vbi communem dicit, quam etiam communem fatetur Mart. d. art. 1. num. 2. communem dicit, & sequitur Valasc. de iur. emphyt. quæst. 7. nu. 37. versicul. Dixi autem, & pluribus citatis Cald. d. c. 1. num. 15. & 16. vbi post Valasc. loco proximè citato legem Regiam ponderat pro eadem, in antiquis Ord. lib. 1. titul. 59. hodie, eod. lib. titul. 78. §. 4. cum duob. sequentib. quatenus dum alias instrumentorum solennitates refert, hanc silentio prætermisit; & d. num. 16. ait, quód, quicquid aliàs sit, in his Regnis istius solennitatis omissio non vitiabit instrumentum; ad quod satis est nobis, communi opinione probatum sic esse, vt vltra iam citatos, tradit Viuius in suis communib. verb. instrumentum, ex Dec. sententia in in d. c. 1. de fid. instrumentor. quos, refert Mascard. eandem secutus de probation. quæst. 6. num. 81. volum. 1. Cæterùm, valeat actus, id, namque, cum communi agnoscimus; sed bonis, vtique, prævalet auspicijs, cuius in nomine Domini principium est, vt enim ait Imper. in Auth. quomodò oport. episcop. cæter. cleric. ad ord. perduc. §. 1. collat. 1. *Bene vniuersa geruntur, & competenter, si rei principium fiat decens, & amabile Deo.*

3. Post salutarem hanc, laudabilemquè diuini Nominis inuocationem contractus nomen exprimitur, sic enim expedit, nomen contractus in limine instrumenti poni, vt sciatur id cuius causa, & in quod actus geritur, vt in initio à nominis expressione, quasi in fronte instrumenti de in illo contentis instruamur. Hoc tamen accipiendum sic est, vt si deducta postea in instrumento repugnent naturæ contractus à contrahentibus nominati, non ille cuius nomen expresserunt, sed alius cui res gesta commodè ac secundùm naturam illius aptari valeat, celebratus existimetur; quia magis rei natura, quàm nominis expressio attendi debet, vt in l. si vno ff. locat. l. insulam. ff. de præscript. verb. ex alijs tradit Tiraq. de retr. tit. 1. §. 32. gloss. vnic. num. 35. & pluribus citatis Cald. d. commentar. emption. & vendition. c. 2. num. 2. de quo per eundem in cap. sequenti ex nu. 2.

4. Sequitur deinde tempus celebrationis contractus, nempe, annus, mensis, & dies in quo conficitur de illo instrumentum, facta annorum commemoratione, seu computatione à Natiuitate Domini nostri Iesu Christi; alij ab Incarnatione Domini annos numerant, vt in c. in nomine Domini. 23. distinct. & sic numerat Accurs. d. Auth. vt præponat. nomen Imperator. §. si qua verò, quod est secundùm locorum consuetudinem, vt

ait Specul. d. titul. de instrumentor. edition. §. 1. num. 4. iuxta quam alij à die Circuncisionis, id est, à Kalendis Ianuarijs annorum computationem ducunt, qui fuit antiquus Romanorum mos, vt ait Ioan. de Grass. tractat. de substantialib. procurator. §. 2. nu. 1. in fin. qui tamen subdit nu. sequenti, quòd communis Christianorum obseruantia incipit annos numerare à Natiuitate Domini; de qua computandorum annorum varietate apud Christianos, & nationes alias antiquas curiosè egit Couar. lib. 1. variar. resolut. c. 12. nu. 1. & 2. nouissimè Cald. d. commentar. emption. & venditio. c. 5. nu. 5. cum duob. sequentib. Apud Hispanos á Natiuitate Domini computatur annus, sicut & apud nos, de quo est lex Regia Ord. lib. 1. titul. 80. §. 7. tradit Cald. d. cap. 5. num. 5. inde inferens, diem Natalis Dominici non esse finem, seu terminum anni elapsi, sed exordium sequentis, & ideo exinde gestum, incæpti die illo anni initium respicere; addit verò Couar. d. c. 12. num. 1. versicul. Cautius tamen, cautius esse, septem illis vltimis diebus Decembris excurrentibus á die Natalis, addere signum aliquod, quo appareat, id tempus ad anni initium, non ad finem pertinere, & quòd ita quandoque tabelliones hac cautela cautissimè vtuntur, ob effugiendam incertitudinem; quæ & nostris in vsu est.

5. Et quamuis etiam apud nos prima Ianuarij dies, communi loquendi vsu (qui in humanis præualet actionibus, etiam spreta aliàs verborum proprietate) anni noui, ac boni dies solita sit appellari; ex quo & nostri in die illa, & proximè sequentibus, bonorum annorum auspicio inuicem, familiariterquè se cõsalutant, quasi nouus exinde incipiat annus, id ad pias pertinet precationes, familiaresquè hominum congratulationes, quæ cum humanis conuentionibus, publicisqué de illis, & de re alia qualibet instrumentis, in quibus á Natiuitate Domini annus est numerandus, nihil cõmune habent. Vel etiam, quia dies illa Circuncisionis, prima Ianuarij, auspicatissimo IESVS nomine mundo illuxit, quasi bono, ab optimo nomine, totius anni auspicio sumpto, communis bonorum annorum salutationis mos inoleuit; cúm tamen nouus ipse annus ab ipso Natali Dominico incipiat nobis, tanquàm nobis annus renascens tunc, cùm natus est, qui natus est nobis.

6. In Hispania autem, Lusitaniaquè nostra ab Aera Cæsaris per multa ante sæcula annorum computatio fieri consueuit; nec extra has Prouincias computatio ab Aera in vsu erat; de quo est integerrimus testis, vtpote diligentissimus antiquitatum inuestigator, Cardinal. Baron. in notationib. ad Martyrologium Roman. 22. Octobris, not. 5. quæ est sub liter. E. vbi de antiqua annorum computatione ab Aera in Hispanijs ex professò agit, & ait, quòd rarum sit inueniri id ab alijs vsurpatum. Secundùm quem ibidem in versicul. Rursus de Aera, apud omnes eruditos est in confesso, Aeram cęptam esse numerari anno trigesimo octauo ante Christi Domini nostri natalem diem, idemquè ex communi omnium sententia affirmat Couar. d. lib. 1. variar. c. 12. num. 3. in princip. & lege nostra Regia expressum id satis erat lib. 4. titul. 51. in antiquis, vbi habetur, antiquam anni designationem per Aeram Cæsaris, Ioannis. 1. Lusitaniæ nostræ Regis lege antiquatam fuisse, promulgata in ciuitate hac 22. die mensis Augusti anno á Natiuitate Domini nostri IESV Christi millesimo quadringentesimo vigesimo secundo, quo tempore, Aeræ Cęsaris millesimus

millesimus quadringentesimus sexagesimus annus excurrebat; atque ita expresſim ibi probatur, nuncuparam Aeram Natalem Domini annis triginta & octo præcedere, nõ ampliùs, quanuis Cald. quadraginta duobus annis præcesſiſſe, ſcripſerit ex teſtimonio aliorum, quos retulit d.cap.5. num.8.

7. Illud verò inter omnes cõſtat, Octauiano Auguſto imperante Aerę computationem incæpiſſe; ſed quo illius Imperij anno, & quam ob cauſam, hanc ab Aera computationem annorum, Hiſpaniarum populi apprehendiſſent, & vnde Aera ipſa nomen hoc ſuſcepiſſet, non conueniunt Hiſtorici, nihilquè hac in re, quod ad cauſam, nominisquè originem, ſeu etymologiam attinet, affirmari certô poteſt; Couar. d.c.12.nu.3. poſt aliorũ adductas, & repulſas hac de re ſententias, Aeram, cenſet, ſignificare numerum, propterea quòd nummis nota quædam apponebatur, qua pretium illorum cognoſceretur, quam notam, Aeram vocabant, vnde colligit, nihil aliud eſſe, dicere, Aera Cęſaris erat milleſima, quám, numerus annorum principatus Cæſaris, erat milleſimus; D.Iſidor.lib.5. etymolog. c.30. Aeram ab ære dictam putat; in quo cum eo conuenit Baron. vbi ſup. diſſentit verò, quatenus ſcribit, annorum per Aeram computationem in Hiſpanijs cæpiſſe, eiusquè nomẽ hoc aſſumptum fuiſſe ab ære illo Cæſari Auguſto tributi nomine collato tunc, cum edicto præcepit, vt vniuerſus Orbis deſcriberetur, quod & Couar. refellit; ſentit vero Baron. perdomitis Cerretanis in Hiſpania rebellantibus quarto Triumuiratus anno, qui fuit trigeſimus octauus ante Natalem Domini, Aeram incæpiſſe, eiusquè nomen, ab ære Auguſto Cæſari ab Hiſpanis collato ad triumphi expenſas, mutuatum fuiſſe, cuius tanta fuit copia, vt quod ab alijs Orbis ciuitatibus ad triumphi expenſas & apparatum exigi conſueuiſſet Imperator, ex ſolis Hiſpaniarum ciuitatibus collegerit, atque inſtaurando etiam vrbis Palatio incendio abſumpto collata pecunia illa profuerit; ex quo, vt á re admodùm memorabili, ab Hiſpania cæpta eſſe futura tempora numerari, atque à dicta collatione æris, ipſam notam numeri annorũ, Aeram eſſe nuncupatam, exiſtimat; tandemquè ſubdit, quòd ſi quis his de Aera certiora habet, quæ dicat, in medium proferat, & agam, inquit, gratias. Quę certè, nec exiles quidem tanto Viro debentur à nobis, ac poſteris noſtris pro præclariſsimis illius laboribus in commune collatis.

8. Celebris etiam deſignandi tẽporis nota antiqua, & apud aliqs populos nationesquè adhuc vſu frequẽs, indictio eſt; quam inſtrumentis apponi, præcipit Imperat. d. Auth. vt præponat. nomen Imperat. §. ſi qua verò, & poſt annos Natalis Dominici poni ſolet, vt ponitur in c. in nomine Domini, 23. diſt. tradit Specul. d. titul. de inſtrumentor. edition. §. 1. num. 5. vbi explicat, quid ſit indictio, & vnde dicatur, atque vnde traxerit originẽ; de quo latè Couar. d.c.12.nu.4. cum ſequentib. Cuius ſolennitatis omiſſione contractum irritum manere, ſcripſit Ioan. de Graſſ. tractat. de ſubſtantialib. procurator. §. Indictio, nu. penult. quaſi ſolennitas iſta grauis ſit, cuius omiſsio vitiet actum; & quòd ſit de ſubſtantia illius tenent cõmuniter Scribentes in c. inter dilectos, ſecundùm Felin. ibid. num. 11. de fid. inſtrumentor. quod etſi verum ſit, locum non habebit vbi indictionis appoſitio conſuetudine abrogata ſit, ſicuti apud nos, vt per Felin. d. c. inter dilectos, nu. 11. Couar. d. c. 12. nu. final.

9. Secun-

9. Secundùm quam sententiam venit, quòd omissio temporis, quod, consuetudine receptum vbique est, per annos à Natiuitate Domini designari mense etiam, ac die expressis, vitiabit contractum; quæ fuit opinio gloss. d. Auth. vt præponat. nomen Imperator. §. si qua verò, verb. auctore, quæ dicit, quòd de consuetudine est, quód apponantur anni Domini, & ideò si non apponantur, non valet contractus, sequuntur alij quos refert Cald. eandem sententiam probans d. commentar. emption. c. 5. nu. 2. & 3. & praxi receptam eidem adhærens testatur Couar. practic. quæst. c. 20. num. 2. vbi addit, quòd nunquã vidit hac de re ambigi, cùm alioqui maxima posset contingere incertitudo cuiuscunque iuris, quod esset scriptura probandum; & loquens in appositione diei & mensis idem vt commune tradit, & sequitur Ioan. de Grass. de substantialib. procurator. §. Istud est quartum requisitum, vbi inquit, quòd Doctor. dicunt, quòd istorum omissio vitiat instrumentum, & quòd apponuntur ad falsitates euitandas. Quod verò dicitur de expressione mensis, communiter limitatur, seu potiùs declaratur, vt non intelligatur, quando per solius diei expressionem de mense certò cõstat, veluti, si dicatur factum instrumentũ in vigilia Assumptionis B. Virginis Mariæ, seu Sancti Ioannis Baptistæ, & his similia, vt tradit Bart. & alij in l. si quis. §. si initium, num. 23. ff. de edend. Couar. d. c. 20. nu. 2. in fin. & prædictã sentẽtiam Hispaniæ lex recepit. l. 111. prope fin. versicul. Otro si non vale, titul. 18. part. 3. eamquè apud nos probare Ord. Regiam lib. 4. titul. 51. scripsit Cald. d. c. 5. nu. 2.

10. Quod etsi verum esset, hodie tamen Ord. illa vti non possumus ad probandam sententiam hanc ex iure nostro, quia Ord. illa de antiquis est, cuius dispositio de qua ibi in noua legum compilatione, qua vtimur, omissa fuit; ex quo, si illa probatum dicimus, vtiosum esse instrumentum, in quo tempus celebrationis contractus nõ reperitur, ex omissione Ord. illius in noua legum compilatione, quòd per obliuionem sic accidisse, nõ est dicendum, nec præsumendum, nõ temere conijcere possemus, nostrarũ legum Compilatoribus sententiam illam de nullitate contractus ob temporis omissionem non placuisse, idcircòquè omissam ab illis in nouo legum catalogo legem qua illa probaretur. Cæterùm, quod magis puto, antiqua Ord. illa d. lib. 4. titul. 51. sententia prædicta de nullitate cõtractus ob temporis omissionem non probabatur; nec quidem lex illa Regia ad hoc emanauit, sed ad confirmandam antiquam Ioannis. 1. legem de numeratione annorum in publicis instrumentis à Natiuitate Domini nostri IESV Christi, abrogata computatione ab Aera Cæsaris, sub pæna priuationis muneris, de qua ibi, tabellionibus aliter agentibus imposita. Atque ita hæc fuit legis intentio, hoc eius verba sonant, nempe, vt in publicis instrumentis, Aera Cæsaris antiquata, anni computarentur à Natiuitate Domini nostri IESV Christi, quasi, sic sanctissimo hoc nomine magni Imperatoris, ac Regis regum humanis actibus præposito; quod & illud maximè suadet, quòd de die, & mẽse, in quo celebratur contractus, & instrumentum, sinè quibus de tempore certo celebrationis illius constare nõ potest, nullum verbum in lege illa Regia. Ideo fortassis, in noua legum collectione lex illa vetus omissa fuit, ne Aera Cæsaris desuetudine ipsa, temporisquè diuturnitate iam sopita, in hominum memoriam quasi resuscitata

suscitata reduceretur.

11. Sed, & si, quid iure censeo, mihi fas est dicere, contrariam sententiam tenendam existimo; quia nulla lege cauetur, vt non valeat contractus propter temporis celebrationis illius omissionem, & quanuis de consuetudine apponatur, talis tamen consuetudo secum non portat, nec per se importat clausulam irritantem in contrarium euentum; idcircó, neque nos illam subinducere debemus ad destruendas legitimas aliàs hominum conuentiones, cùm potius ea sit assumenda interpretatio, qua magis valeat contractus, quàm qua corruat, l. quoties. 2. ff. de verbor. obligat. l. quoties.2.ff.de reb.dub.cum adductis per Menoch.de præsumpt.lib.6.presumpt.4.à princip. Mascard. de probat. conclus.39. num.2. Peregrin.de fideicommiss.art.7. num.18. cum sequenti. Deinde, tempus de substantia contractus non est, nec de substantia probationis illius, nihil enim ad validitatem contractus, absolutè & regulariter loquendo, refert, celebretur hoc anno, aut altero, & sic de mense, & die; quanuis ergo hæc omittantur, vitiare non debet contractum eorum omissio, quorum appositio ad substantiam illius non pertinet.

Et quanuis tempus de consuetudine apponi soleat, & quanuis etiam lege præcipiente apponeretur, hoc, vt dixi, clausulam irritantem nõ importat, quam ad irritationem contractus subintelligere non debemus, præsertim, quòd temporis appositio, non pro substantia contractus, cum qua nihil commune habet, sed ad diuersos alios iuris effectus inducta fuit ex certitudine temporis resultantes, quibus, satis erit, si careat contractus, & instrumentum illius, in quo eiuscemodi temporis certitudo non reperitur; sed inciuile videtur, vt ob hoc solummodó quod de substantia illius non est, nec de substantia probationis illius, res gesta corruat; quinimò, si aliunde probari legitimè possit tẽpus certum celebrationis illius, temporis prærogatiua, & iure non carebit, quod ex celebrationis actu in tẽpore illo vires assumit, ex temporis verò ipsius declaratione in instrumento scripta probationis modus oritur.

12. Quibus adducor, vt circà locum celebrationis contractus idem existimem; quanuis & in hoc contrarium videam à Nostris probari, quod commune tradit Mascard.de probat. quæst.6.num.90.vol.1.Cald.de empt. d.c.5. num.9. vbi nu.11. communem sententiam de nullitate contractus instrumentarij ampliat, vt procedat etiam cùm locus genericè duntaxat exprimitur absque speciali seu particulari illius loci loco, verbi gratia, si in instrumento dicatur, factum Vlyssipone, debet enim addi, in tali domo, & aliàs non tenebit; in quam sententiam allegat legem nostram Regiam lib.1.titul.59.§.3. in antiquis, quę hodie est sub eod.lib.1.titul.80.§.7. quatenus ibi tabellionibus præcipitur, vt ciuitatem, oppidumue, atque etiam domum in qua conficiunt instrumẽtum, in illo designent, tradit Bart. in l.1.§.qui nuntiat, num. 2. ff. de nou. oper.nuntiat. Recentiores in l. lecta ff.si cert.petat.teste Mascard.d.quęst. 6.num.90.

13. Quod adeó probauit Cald. d.c.5.num.14. vt scripserit ibid. consuetudinem inducentem, vt locus loci non exprimatur, nullam esse, & inanem, ac proinde, ea non obstante, instrumenta vitiari; quod loquentes de loco contractus instrumento celebrati, genericè & absolutè, vt non valeat consuetudo inducens, valere instrumentum absque hac loci solennitate

nitate, alij tradiderunt, quos sequitur Couar. loquens genericè de loco d. c. 20. practicar. quæst. nu. 3. vbi talem consuetudinem iniquam appellat; quam tamen consuetudinem valere, probat Alex. contra Rom. ibi in l. 1. §. qui nuntiat, nu. 11. cum sequentib. ff. de nou. oper. nuntiat. vbi pro hac sententia alios refert, vltra quos eandem tenet Barbat. in rubric. de fid. instrumentor. nu. *69*. citatus à Couar. d. num. 3. in fin. Felin. in c. 1. num. *6*. de fid. instrumentor. qui ex eo mouentur, quòd locus de substantia instrumenti non est, sed de solennitate illius; idcircò, quanuis consuetudo nō posset facere, vt illud quod non instrueret, esset instrumentum, quia in hoc consistit substantia instrumenti, á quo & nomen accepit, dicitur, namque, instrumentum ab instruendo, vt tradit Specul. titul. de instrumentor. edition. in princ. bene tamē facere potest consuetudo, quòd instrumentum non solenne habeatur pro solenni, secundùm Alex. d. §. qui nuntiat, nu. 13. Felin. d. nu. *6*.

14. Sed, & semota consuetudine, quod attinet ad locum loci, durū censeo, vt omissio illius vitiet instrumentum; modica, namque, seu leuis solennitas hæc est, vt idcircò, quanuis ea lege scripta sit, sicuti apud nos, corruere actus non debeat ob illius defectum, quia regulare est, quòd leuis solennitatis omissio non vitiat. l. 1. §. final. ff. de ventr. inspiciend. vbi notant omnes, explicat Valasc. cons. 52. nu. 27. cum sequentib. tom. 1. & hanc sententiam in casu isto tenet Felin. d. c. 1. num. *6*. versicul. De modo autem. Nec quidem Bart. d. l. 1. §. qui nuntiat, num. 2. & alij tradentes, locum loci apponi debere, pro cōtraria sententia securè allegantur, quasi, eo ipso voluissent, ob talis solennitatis defectū vitiari instrumentum, dum hoc non dicunt, sicuti nec Ord. nostra dicit, quę, etsi locum loci apponi præcipiat, non tamen intelligenda sic est, vt, si solennitas hæc, quę leuis est, omittatur, maneat actus nullus.

15. Circà quod videndus est Specul. d. titul. de instrumentor. edition. §. 1. num. *9*. vbi loquens de solennitate loci, & locum, & locum loci fore apponendum in instrumento, scripsit, remittens tamen ad inferiús per eum scripta in §. Instrumentum, vbi num. 5. nedum in loco loci, sed in loco contractus genericè loquens, eius omissionem instrumentum non vitiare, probat. Quod & in hac specie probari quidem potest ex eo quod sup. diximus, quia de substantia contractus, aut instrumenti de illo confecti locus noı. est; & quanuis de solennitate illius esse dicatur, pręsertim apud nos, cùm á lege Regia inscriptio loci requiratur, tamen responderi potest, vt actus sustineatur, quòd vel solennitas magna non est putanda, cùm lex irritando non processerit; vel quôd solennitas ista, cùm ad effectum aliquem de loco contractus constare, necesse sit, per testes probari posit.

16. Sicut in priuata scriptura cōtractus euenire potest; quā sinè tempore, & loco valere, probat Alex. d. l. 1 §. qui nuntiat, num. *9*. per tex. in l. cùm tabernam. §. penult. ff. de pignorib. & alios citat, subdens, quòd talia non sunt necessaria in priuata scriptura, secundùm magis communes conclusiones; & tamen, quando expediat, de tempore, & loco cōtractus contenti in priuata scriptura constare, non erit ambigendum, idoneis testibus hac de re gnaris id fieri legitimè posse. Qua ratione, & in scriptura publica, in qua contractus diuersam aliam non induit naturam, quando eiuscemodi est qui sinè scriptis celebrari

celebrari legitimè possit, in disputando sustineri idem potest, quanuis in consulendo, & iudicando à receptis traditionibus recedendum non sit.

17. Post supradicta, in præfatione contractuum qui publicis instrumentis geruntur, contrahentium nomina exprimuntur; quæ non abbreuiatè, sed extensè, id est, cum literis omnibus quibus constant, describi debere, tradit Cald. d. commentar. emption. & vendition. c. 7. num. 2. vbi alios in propositum allegat, & l. 7. tit. 19. part. 3. quæ statuit, instrumentum, in quo partium nomina per primam literam â notario designantur, non valere. Quod tamen sic est intelligẽdum, saltem secundùm ius cõmune, vt non corruat instrumentum propter literarum compendium quo nomina scripta sunt, quando compendium eiusmodi est, quod nomen illo significari intentum, certò designet secundùm cõmunem scribendi vsum; verbi gratia, si nomen, *Benedictus*, duabus his syllabis scribatur, *Bened.* aut hac vna duntaxat, *Fran. Franciscus*, & sic de similibus, in quibus sola syllaba vna, aut pluribus nullum aliud hominum nomen scribi, ac significari cõmuniter solet, quàm illud, de quo agitur; quo casu non vitiabitur instrumentum, cùm de nomine cõtrahentis tametsi abbreuiatè scriptum certò constet; & ita ex doctrina Bart. in l. quoties. §. 1. ff. de hæredib. instituend. & Bald. in l. verbum volo. C. de fideicommiss. probat Gregor. d. l. 7. gloss. *C. por ciento*, idquè ne dum de iure communi, sed etiam ad leg. illam Regiam idem sentit, ponderãs, quód loquitur, quando vna tantùm litera, pro nomine scripta est, verb. gratia, A. pro Alphonso. Sed etsi nominis abbreuiatura in initio scripta æquiuoca sit, quia pluribus conueniat, postea verò ex instrumenti tenore, de quo actum sit cognoscatur, non vitiabitur, iuxta tradita per Specul. tit. de instrumentor. edition. §. ostenso, versicul. Quid si abbreuiatura, nu. 17. & sequenti.

18. Addo vlteriùs, quòd si solennitas hæc scribendi contrahentium nomina in initio á notario omissa fuisset, cùm de eis inferiùs constet, non vitiabitur instrumentum, videlicet, si nomina statim expressa non sunt, sed per relationem ad inferiùs scripta de illis mentio fieret, vt in priuatis scripturis sæpe accidit, quibus dicitur, quòd infra signati, seu subscripti contraxerunt prout in scriptura continetur, dicendum erit, valere contractum, & instrumentum de eo confectum, tum quia nomina in præfatione scribuntur, vt de contrahentium personis constet, quas, nihil interest ad rem de qua agitur, postea in clausula alia instrumenti designari, tum quia virtus relationis id operatur, vt per eam in initio scripta nomina censeantur, iuxta regul. l. asse toto, cum ibi notat. ff. de hæred. instituend. Et hæc quidem omnia contractuum omnium præfationi communia sunt.

Conuenientiæ secundæ

SVMMARIA.

1. *Contractus fieri possunt in testamento, & codicillis, & manent irreuocabiles etiamsi testamentum reuocetur, vel quoquo modo irritum sit.*

2. *Contractus in testamento celebrati duobus testibus probantur secundùm communem. Contrarium remissiuè traditur.*

3. *Contractus de quorum natura est, vt morte*

morte finiantur, & societas, & mandatum re integra, inutiliter in testamento celebrantur.

Conuenientia secunda.

Quôd in testamentis, & codicillis celebrari possunt contractus.

1. SEcundò, commune est omnibus contractibus, vt non solùm per dispositionem inter viuos, sed in testamento etiam, & codicillis celebrari possint, iuxta cõmunem gloss. sententiam in l. hæredes, palam. §. final. ff. de testament. communem tradit Rom. cons. 171. Pro decisione nu. 6. versic. Aut facta, & plenius cons. 293. Præsupposito nu. 2. Tusch. practic. conclus. iur. tom. 2. conclus. 994. sub liter. C. num. 1. & pluribus citatis Zeuall. practic. cõm. contra commun. lib. 1. quæst. 140. nu. 5. & 6. & ante eum Gutierr. in l. nemo potest, nu. 254. ff. de legat. 1. Quo casu communis etiam probat, testamento reuocato, seu quoquo modo irrito, non reuocari contractus in illo celebratos, sed stabilitatis suæ naturam semper seruare, vt cum alijs tradit Gutierr. d. l. nemo potest, nu. 262. Zeuall. d. nu. 6. & pro regula Barbos. in l. quæ dotis, num. 125. ff. solut. matrimon. Et de his non dubito.

2. Circá numerum veró testium ad probationem contractus, qui in testamento fit, communis etiam est sententia, quæ duobus contenta est; cui in hoc ego non adhæsi in commentar. l. 1. C. de sacrosanct. eccles. in init. 2. part. vbi quia de materia hac fusè egi ex num. 23. hic in illa ampliùs non immoror.

3. Illos veró hic intelligo contractus, de quorum natura est, vt morte non extinguantur, cuiusmodi est societas, & mandatum re integra, qui morte finiuntur; hi, namque, si in testamento celebrentur, cuius dispositiones in tempus post mortem conferuntur, ex natura actus, & mente agentium inutiliter celebrari, videbuntur, cùm nec ex contrahentium pacto societas ad hæredes porrigi possit. l. nemo, in. 1. l. adeò. ff. pro soc. obseruat glossa in §. soluitur, verb. conuenerit, institut. eod. titul. Valasc. cons. 63. num. 4. tom. 1. vbi de materia latè per eum.

Conuenientiæ tertiæ

SVMMARIA.

1. *COntractus subijciuntur statuto, & consuetudini loci in quo celebrantur, etiam si contrahentes forenses sint.*
2. *Limitatur in dote siue restituenda, siue lucranda, ad quod attenditur statutum loci domicilij mariti.*
3. *Contractus in dubio interpretationem recipit ex consuetudine loci in quo celebratur. Priùs tamen contrahentium vsus attenditur, & præfertur, ad contractus interpretationem.*

Tertia contractuũ conuenientia.

Contractus secũdùm statuta, & consuetudinem loci in quo geruntur, celebrari censentur.

1. TErtia generalis contractuũ cõuenientia est, (& in hoc cum testamentis quoque con-

conueniunt) quòd, omnes celebrari, intelliguntur, secundùm statuta, & consuetudines loci, in quo celebrantur,& illis subijciuntur quoad solemnitates statuto requisitas, & quoad litis decisionem ortæ super his quæ oriuntur secundùm ipsius contractus naturam tempore contractus, etiam si contrahentes forenses sint, & alio in loco lis super contractu inter illos agitetur,vt tradit Bart. post Cyn. ibi, in l.cunctos populos, num.14. & 16. C.de summ. Trinitat. & fid. Cathol. per l.si fundus. ff. de euict. & l.2. C. quemadmod.testamen. aperiant. Et intelligit de vero contractus loco,nō de illo in quem solutio destinatur: cuius doctrinam vocat auream, Iaf.d. l.cunctos populos, in 2.lect. num.55. & ait,quòd cum illa omnes simpliciter transeunt; quam repetit idem Bart.in repet. l.de quibus num.27.ff. de legib.si repetitio illa sua est,de quo dubitat Iaf.d. num.55.& in 1.lect.d.l. cunctos populos, num. 17. vbi pro eadem doctrina addit tex. in l. 1 §. final.ff.de ventr. inspiciend. quem ad hoc dicit optimum, secundùm Bald. in c.final.col.penult. de fer. sequitur Hippolyt. qui alios refert in l.final. num.54.& 58. ff. de iurisd. omn.iud. Chassen.in consuetud. Burg. rubr.4. §.2. versicul. Si verò clausula,fol.134. in lib.meo, Valasc.de iur.emphyteu. quæst. 7. num. 24. vbi infert ad leg. Regni, & eum secutus Valasc. alter allegat.72. num.4. tom. 1. Molin.de contractib. disputat.260. num. 1. vbi de communi testatur,& plurimis,pro more suo, citatis Thom. Sanch. de matrimon. lib. 3. disputat.18. quæst.1. num.10. tom.1. latissimè Mantic. de ambig. conuentionib. lib.3. titul. 13. num.14.cum sequentib. tom.1. Mart. de iurisdict.4 part.cas.62.num.4. vbi agit,an solennitas in contrahendo requisita statuto laicorū clericos astringat,& pluribus citatis Petr. Surd.cōs. 257.num.1.& 3.lib.2.vbi num. 2.idem tradit ex communi sententia, in his quæ concernunt ordinem processus, vt seruentur statuta,& consuetudines loci in quo iudicium agitatur, quod item ex Bart.recepto.d.l.cunctos populos num. 15. tradit Barbos. noster in l.exigere dotem,nu.109.ff.de iudic.

2. Prædicta verò regula, & communis sententia limitatur per Bart & alios,in dote,siue restituenda,siue lucranda; non enim erit in ea attendendum statutum loci in quo celebratus est contractus dotalis, sed statutum loci domicilij mariti, per l. exigere dotem. ff.de iudic. vbi rationem specialitatis innuit tex. quam explicat Barbos. ibi num. 90. iunct. num.13.cum sequentib.tradunt Bart. & communiter Scribent.ibi,& in d.l. cunctos populos, vbi Iaf.d.2.lect. nu. 60. cum sequent. communem dicit, ampliat, & limitat, de quo etiam per Abb. & alios in cap. 1. de sponsalib. Hippolyt.d.l.final. ex num. 60. cum sequentib.ff.de iurisdict.omn iud. vbi communem hanc conclusionem variè sublimitat, Couar.de sponsalib. 2. part. cap.7. in princip. num.6. cum sequent.Gom.l.50.Taur. num.50. & 75.Valasc.cons.175.num.20. cum sequentib.tom.2. Molin. tom. de contractib.disput. 443. num.2. Sanch.d. disput.18.quæst.1. num.11. Rebell. de obligat.lib.6. quæst.11. num.21. & sequenti.2.part. latè Mantic. d. libr. 3. titul.14.per tot.Et in casu dubio apud nos iudicatum fuisse, tradit Cabed. decis.165. 1.part. de qua Senatus nostri decisione fusè Barbos. agit, eamquè defendit in d. l. exigere dotem,ex num. 32. cum sequentib. vbi de materia amplè ac luculenter per eum,præsertim ex nu.120.

3. Est & alia inspectio circà consuetudinem loci contractus, quæ

pertinet ad declarationem illius in ambigua contrahentium voluntate; sumitur enim voluntatis coniectura ex consuetudine loci in quo celebratus est contractus, l. quòd si nolit. §. quia assidua. ff. de ædilit. edict. l. semper in stipulationibus. ff. de regul. iur. vbi tradit Dec. num. 8. Chassen. d. §. 2. fol. 134. num. 1. cum sequentib. Surd. consl. 198. num. 8. & 9. lib. 2. & pluribus citatis Gabr. commun. opinion. lib. 6. titul. de consuetud. conclus. 1. per tot. Latissimè Mantic. dict. libr. 3. titul. 9. ex num. 10. cum multis sequentib. Et generale est in omnibus humanis actibus, vt à consuetudine interpretationem recipiant, vt ibid. per eum ad multas decisiones latissimè inferentem, de quo item latissimè Tusch. practicar. conclus. iur. tom. 2. conclus. 811. & 821. cum sequentib. sub liter. C. Quesad. diuersar. quæst. iur. c. 20. per tot.

Huic tamen coniecturæ quæ oritur ex consuetudine loci contractus præfertur illa quę proficiscitur ex ipsorum cõtrahentium vsu, qui priùs attendi debet, vt tradit Dec. d. l. semper in stipulationibus, num. 7. per tex. in l. hæredes palam. §. si quid post, in fin. ibi, *vel ex consuetudine patris familias, vel regionis*, ff. de testam. l. si seruus plurium. §. final. ibi, *ante omnia ipsius patrisfamilias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est.* ff. de leg. 1. & alijs citatis tradit Mantic. d. titul. 9. num. 67.

Conuenientiæ quartæ

SVMMARIA.

1. *Conditio turpis, aut impossibilis vitiat contractum; in testamẽtis verò conditio ipsa vitiatur, dispositione pura manente. Et, quæ sit differentiæ ratio inter contractus, & vltimas voluntates, traditur.*

2. *Fallit in matrimonij contractu, è quo turpis, & impossibilis conditio tollitur, cùm talis est, quæ matrimonij substantiam non lædit.*

Quarta contractuũ cõuenientia.

De turpi, aut impossibili conditione contractui adiecta.

1. QVarta contractuum conuenientia est, (& in hac à testamẽtis differũt) quòd conditione turpi, aut impossibili adiecta vitiantur. l. non solùm. ff. de obligat. & action. l. impossibilis. ff. de verbor. obligat. l. si plagij, aliàs, si flagitij, iuncta gloss. ibi, eod. tit. §. si impossibilis, in stit. de inutilib. stipulat. Quod in vltimis voluntatibus secus est, è quibus impossibiles, & turpes conditiones reijciuntur, dispositione ipsa pura manente. §. impossibilis, instit. de hæred. instituend. l. obtinuit. l. non dubitamus. ff. de condit. & demonstrat. l. conditiones. 1. & 2. ff. de conditionib. institut. l. reprehendenda. C. de instit. & substitution.

Et differentię ratio difficilè non apparebit, si attendamus, testatorem, aliorum commodum agere vltimæ voluntatis dispositione, non suum, qui quæcunque possidet, relinquere, necesse habet, iuxta illud Psalm. 48. *Quoniam cùm interierit, non sumet omnia, neque descendet cum eo gloria eius*; & in Psalm. 75. *Dormierunt somnum suum, & nihil inuenerunt omnes viri diuitiarum in manibus suis*; idcircò, quod ad impossibiles conditiones attinet, præsumitur, iocosè eas potiùs addidisse, non seriò,

ne

ne aliàs, is quem in relicti commodo alijs prætulit, illo fraudatus maneret, videreturquè testator ipse vltimæ voluntatis actum nulliter facere voluisse, contra regul. l.3. ff. de militar. testament. l. quoties. 2. ff. de reb. dub. cum adductis in hanc regulam per Menoch. de præsumptio. libr.6. præsumpt.4 à princip. Mascard. de probat. conclus.124. num. 20. cū sequent. Peregrin. de fideicommiss. art. 7. nu. 18. cum sequenti.

At veró in contractibus diuersa est ratio; in quibus vnusquisque contrahentium prouidere sibi intendit, & commodo suo prospicere, non alieno; vnde, qui sub conditione impossibili alteri promittit, aut se obligat, non creditur, iocosè addidisse conditionem impossibilem, vt, illa pro non dicta habita, maneat obligatus, sed potiús præsumitur, animo non obligandi se, talem apposuisse conditionem, quæ impleri non potuisset, vt ita liber ab obligatione maneret, & cùm illo alter contrahens qui tali conditioni assensit, conuenire in hoc videtur; sicquè impossibili conditione adiecta, censentur, nihil agere voluisse; quę est Iurisconsult. ratio scripta in d.l non solùm.

Quod veró attinet ad turpes conditiones, in vltimis voluntatibus, contra testatoris voluntatem, & in odium illius, qui talem præcepit conditionem, repelluntur. Hæc verò ratio exigebat, vt in contractibus eæ non repellerentur, sed vt contractus ipsi illis vitiarentur; siquidem, cùm turpis conditio adijcitur contractibus, ex parte vtriusque contrahentis turpitudo consideratur, tam, inquam, ex parte promittentis aliquid date, aut facere sub turpi conditione alteri iniuncta, quám ex parte acceptantis. Igitur summa cum ratione in odium vtriusque prouisum fuit, vt, turpi conditione dicta, in totum irritaretur contractus, ne, si illa repulsa in odium eam præcipientis, contractus maneret, alterius odio ac malitiæ illam acceptantis indulgeretur. Dénique, qui Titio centum promittit, si plagium committat, in rem turpem cum Titio manifestè paciscitur; de qua re nec stipulatio, nec contractus aliquis valet l. generaliter, cum leg sequenti, l. si plagij. ff. de verbor. obligat. cum alijs.

2. Hoc veró fallit in contractu matrimonij, cuius fauore reijcitur ab eo turpis conditio, & impossibilis, contractu puro manente, c. final. in fin. de conditionib. apposit. c.1. eod. titul. iuxta communem illius intellectum, de quo latè Couar. de sponsalib 2. part. c.3. § 2. ex num 1. latissimè Sanch. de matrimon. lib.5. disput. 3 per tot. cum sequenti, tom. 1. post alios Less. de iustit. & iur. lib.2. cap 18. dubit.15. num.122. Rebell. nouam in hoc opinionem, & interpretationem adducens, de obligat. lib.2. quęst.10. sect.4. & 5 part.2. Præterquám si conditio talis est, quæ ipsius matrimonij substantiam lędat, vt in d. cap. final. 1. part. Couar. d. cap.3. §.1. Sanchez d. lib.5. disput.9. Less. d num.122. in fin. Rebell. d. quæst.10. sect.3. Nouissimè Gutierr. d. cap.82. ex num.1. cum sequentib.

Conuenientiæ quintæ

SVMMARIA.

1\. *Spes conditionalis cōtractus transit ad hæredes; dispositio verò conditionalis in vltimis voluntatibus non transmittitur. Et probatur differentia ratio quam gloss. assignat.*

2. *An conditio potestatiua contractus transeat ad hæredes, discutitur, & num. sequentib. Ponitur resolutio cũ distinctione bimembri num. 7.*

3. *Declaratur quæ sit potestatiua conditio, & eam solummodò esse, traditur, quæ pendet á facto, & voluntate creditoris; & non, quæ á facto, & voluntate promissoris, aut alicuius tertij.*

Conditio, si capitolium ascenderit, *per hæredem illius in cuius persona posita est, impleri nequit, sed illo moriente deficit. d. nu. 3. versicul. Notandum.*

4. *Potestatiua conditio, altera est, in qua factum illius duntaxat attenditur á contrahentibus; altera, in qua & facientis persona attenditur; & in prima specie potestatiua conditio impleri per alium potest.*

5. *Conditionis forma sumitur é mente illam præcipientis, & per æquipollens impleri eam, sufficit.*

6. *Potestatiua conditio, in qua persona implere debentis attenditur, & eius industria, per alium impleri non potest.*

7. & 8. *Resoluitur quæstio, an ius implendæ conditionis potestatiuæ in contractibus transeat ad hæredes.*

9. *Conditio,* si petiero, *aut,* si voluero, *quanuis non valeat in persona debitoris, in persona creditoris valet, & eius tamen implendæ facultas ad hæredes illius non transit.*

10. *Traditur, in quo conueniant conditiones hæ,* si volueris, si petieris, si capitolium ascenderis. *Et in quo posterior differat à prioribus, nu.* 11.

12. *Conditio,* si voluero, *per nudam voluntatis declarationem impletur. Cõditio verò:* si petiero, *petendi factũ requirit, siue in iudicio, siue extra illud.*

Verbum, petere, *propria significatione etiam extra iudicialem petitionem comprehendit, ibi, in versicul. Petere.*

13. *Conditio,* si capitolium ascendero, *in contractibus quandocunque impleri potest, etiam post debitoris mortem. Et quid in conditioñe,* si petiero, *ibi in versicul. Quod verò. Et nu. sequenti.*

14. *Conditio,* si petiero, *per procuratorem impleri potest, per epistolam, & nuntium, dommodò à debitore petatur ante creditoris mortem.*

Intelligitur. l. si decem cùm petiero. ff. de verbor. obligat. d. nu. 14. versic. Ex his.

15. *Agitur de intellectu l. qui Romæ §.* Augerius. *ff. de verbor obligation. ad quem Aliorum intellectus referuntur, & confutantur, et nu. 16. et 17.*

18. *Communis sententia, & conclusio collecta ex. d §. Augerius, probatur, & explicatur ad intellectum tex. ibi.*

Stipulatio ista, promitto, me tibi soluturum quantum sempronius debet, *differt ab illa,* quicquid constiterit, sempronium debere, *ibi.*

In hac stipulatiune, promito tibi soluere quantum constiterit, sempronium tibi debere, rationibus cum illo factis & computatis, *conditio liquidandi debiti cum sempronio ipso debet impleri, & non sufficit, cum hæredibus illius. d. nu. 18. versic. Præmittendum. Idem traditur ex communi sententia in stipulatione illa,* promitto quicquid constiterit, sempronium tibi debere, *ibid in versic. Tertiò, & vltimo.*

Quinta contractuũ cõuenientia.

De spe conditionalis contractus.

1. Quintò

1. QVintò conueniunt contractus in eo, quòd spes conditionalis illorū transmittitur in hæredes. §. ex conditionali, instit. de verbor. obligation. qui tex. capitalis est, & expressius ad hoc; vbi gloss. final. assignat differentiæ rationem inter contractus, & vltimas voluntates, quarum dispositiones cōditionales non transmittuntur ad hęredes eius cui sub conditione relictū extat, illo interim decedente. l. vnic. §. sin autem aliquid. C. de caduc. tollend gloss. & Doctor. in l. vnic. C. de his qui ante apert. tabul. cū concord. adductis per Tiraq. de retr. lignagier. §. 1. gloss. 2. num. 24. Gom. 2. tom. c. 11. num. 36. Couar. pract. quæst. c. penult. nu. 4 Galganett. de condition. 1. part. c. 88. num. 11. & pro communi regula tradit Didac. à Brito Lusitanus Vlyssiponensis Ecclesiæ Canonicus doctoralis in consil. super causam maioratus Regiæ coronæ, quæst. 1. num. 6. Et est ratio secundùm gloss. in d. §. ex conditionali, quia in contractibus interuenit contrahentis factum, sibi, & hęredibus suis prospicere, intendentis, iuxta l. si pactum. ff. de probat. l. veteris. C. de contrah. & committend. stipulat. adeò, quód vulgaris clausula notariorum de hæredibus contrahentis mentionem faciens, superflua reputetur. l. eum qui ita. §. 1. & ibi gloss. verb. pro superuacua. ff. de verbor. obligat. vbi Paul. notat nu. 1. Andr. Gail. obseruat. 2. num. 10. lib. 2. vbi alia in propositum adducit, & numer. sequentib. Quod secus est in vltimis voluntatibus, in quarum dispositione nullum interuenit factum personę, cui relinquitur, sed solius duntaxat testatoris factum, & voluntas, personę, cui relinquit, commodū, & merita attendentis, de hæredibus illius non cogitantis.

Quam gloss. rationem sequitur Dec. in l. quæ legata, num. 4. ff. de regul. iur. & cōmunem dicens Gom. d. num. 36. post princip. communem etiam dicit, & sequitur Pichard. in d. §. ex conditionali, num. 10. Nec illi obstabit, si dicatur, in donatione conditionali nullum aliud factum donatarij reperiri, quàm acceptationem illius, qua sufficit, vt spem donationis transmittat in hæredes eo interim decedente; & tamen, si ponamus, legatarium de legato sibi sub conditione relicto conscium, acceptandi illius voluntatem in euentum conditionis declarare, illo interim moriente, nihil agere; Respondetur enim, adhuc prędictam gloss. ac communem differentiæ rationem stare; nam celebrationem contractus donationis, & cuiuslibet alterius præcedere ordinariò solet, ipsorum contrahentium tractatus de celebratione illius, quo tractatu, & simultaneo vtriusque partis consensu, qui non datur in actibus vltimæ voluntatis, actum intelligitur, vt non sibi tantùm, sed & hæredibus caueant, iuxta d. l. si pactum, in fin. Sed, & si nullo præcedente tractatu promissio fiat donationis conditionalis, & etiam si fiat absenti per nuntium, vel epistolam, quæ ita facta valet secuta donatarij acceptatione ante mortem donatoris. l. 2. §. sed si quis donaturus. ff. de donat. & antequàm reuocet, iuxta tradita per Gom. 2. tom. cap. 4. num. 3. hoc, inquam, casu adhuc perspicua differentiæ ratio apparet inter donationem, & legatum, seu alia vltimę voluntatis relicta; quia hìc amborū semper reperitur simultaneus consensus, sinè quo donatio non valeret, efficax ad transmissionē inducendam, iuxta naturam actus quem celebrant: qui simultaneus cōsensus non reperitur in legatis, quia testator consentit quandiu viuit, ex quo testamentum condit, legatarius

post mortem illius; atque ita vtriusq; consensus reperiri simul nequit in acceptatione legati, sed solius legatarij, qui efficere non potest, vt spes legati conditionalis sibi relicti, ad hæredes suos transmittatur, illo interim vita functo, ex ratione de qua sup.

Ex qua infertur, quòd si testator præcepisset, vt mortuo legatario ante conditionis euentum, illa postea secuta pertineret legatum ad hæredes illius, spes conditionalis legati spectaret ad eos, hodie potissimùm, quando ex iure nouiori incertis personis legari potest, & fideicommissa relinqui §. sed nec huiusmodi, instit. de legat. de quo nos scripsimus in init. 1. part. cōmentar. l. 1. C. de sacrosanct. eccles.

2. Limitatur autem communiter communis conclusio de transmissione contractuum conditionalium, vt non procedat in his, qui sub potestatiua conditione fiunt; nam si creditor, antequâm impleat, moriatur, spem contractus ad hęredes suos nō transmittit, vt tenet gloss. 1. in l. si decem cùm petiero, ff. de verbor. obligat. & ibi Bart. in fin. & communiter Scribent. per tex. ibi, notant etiam Bart. & Scribent. per tex. ibi in l. qui Romæ. §. Augerius. ff. eod. titul. & cū alijs ab eo citatis tradunt Tiraq. de rerr. conuentional. §. 1. gloss. 6. nu. 15. Galganett. tract. de conditionib. 2. part. c. 1. quæst. decim. num. 5. Gail de communi testatus d. obseruat. 2. nu. 3. Peregrin. de fideicommiss. articul. 16. nu. 125. & omnium ferè consensu receptam esse sententiam, fatetur Couar. d. c. penultim. num. 1. & nouissimè pluribus citatis communem tradit Castill. lib. 3. controuers. c. 14. num. 5. post omnes Lusitanus Brit. cōsil. sup. citato quæst. 2. num. 4. qui scripsit, notissimam esse iuris ciuilis resolutionem plurimorum iurium, ac Doctorū authoritate fulcitam, quôd ius adimplendi cōditiones potestatiuas nullo modo est ad hæredes transmissibile, & loquitur in donatione Regis, communem etiam dicit Gom. 2. tom. c. 11. num. 36. vbi, in versicul. Vel aliter, & quartò, eam intelligit in contractibus lucratiuis, vt in illis non transeat ad hæredes ius conditionis potestatiuæ, in onerosis verò, sic, per l. 2. iuncta gloss. ibi communiter recepta, verb. siue hæredes. C. de pact. inter emptor. & vendit. & l. si prædio. ff. de in diem addict. & ita esse, ait, de mente Bart. & aliorum in d. l. si decem, vbi Bart. opinionem hanc tenuit, cùm contractus incipit à conditione, vt tunc ad hæredes non transeat, secus, quando à dispositione incipit, declarādo vt per eum. Et ita in effectu determinare, & distinguere communem, scripsit Petr. Stella in repetit. d. §. Augerius, num. 32. Ex quo loco articulum istum latissimè disputat: quem, lubricum, & periculosum esse, dixit ante d nu. 32. in versicul. Sciendum. Sic etiam communem sententiam accipit Couar. d. c. penult. num. final. vbi in versicul. Primùm igitur, declarat, quādo contractus dicatur, incipere á præcedente conditione, vel à dispositione, Gail. d. obseruat. 2. num. 7.

Sed Recentiores alij contrariam sententiam inierunt, existimantes, contractus conditionales ad hæredes transire, etiam si conditio sit potestatiua, iuxta regul. generalem. d. §. ex conditionali, hoc intelligentes, quando potestatiua conditio, personalis non est, sed talis, quòd actus in eam deductus expediri per alium possit. Quam sententiam contra cōmunem tenet Duaren. in d. §. Augerius, & Stella ibi num. 37. cum sequentib. vbi pro illa latissimè contendit, & alij quos refert Couar. d. c. penult. num. 2. contra communem quoque cū illis latè contendens, ac contrariam pluribus

bus muniens fundamentis. Ad quam etiam citant gloss. in l. sub hac, verb. nam nec. ff. de obligat. & action. & in l. fideiussor obligari. §. vltim. ff. de fideiussorib. alios istius sententiæ Authores citat Castill. d c. 14. nu. 6.

3: Pro cuius controuersię decisione præmittendum duco, potestatiuam conditionem, illam duntaxat dici, quæ refertur ad personam eius cui sub illa promittitur, à facto, & potestate illius dependens, verb. gratia, *Promitto tibi equum, si sthicum seruum tuum manumiseris, si decem dederis, si capitolium ascenderis.* Quę conditiones, & si natura sua potestatiuæ sint, hoc tamen nomine censentur, quando ad personam illius referuntur, cui, eas impleri, interest; non sic, si ponantur in promissoris persona; nam, etsi ille seruum suum manumittere posit, & decem dare, & capitolium ascendere, ęquè vt alter, tamen, non dicemus, sub potestatiua conditione alteri promisisse, qui sub aliqua istarum conditionum sibi ascripta promisit, non magis, quám si talis conditio in tertij alicuius persona signaretur, verb. gratia, *Promitto tibi centum, si Petrus capitolium ascenderit*; in qua specie, & si Petro capitolium ascendendi libera facultas sit, non dicimus, sub potestatiua conditione promissum fuisse, sed sub casuali potiùs, tanquàm quæ ab alieno pendeat euentu: quod, aliud agens, obseruat Peregrin. de fideicōmiss. articul. 11. nu. 86. & d. articul. 16. num. 123. præsentit Couar. d. c. penult. num. 6. versic. Item non oberit. Quò circà, pręsens quęstio de transmissione potestatiuæ conditionis non pertinet ad hanc, quam casualem dicimus: similiter, nec ad illam quæ statuitur in persona promissoris, quæ eodem iure censenda est, cùm non pendeat à facto, & potestate illius, cui, eam impleri, conuenit; solùmquè interest inter vnam, & alteram speciem, quòd in priore, cùm, nempe, conditio in personam alicuius tertij scribitur, conditionalis contractus transit ad hæredes vtriusque contrahentis, ita vt si post mortem alterius eorum, siue etiam amborum conditio impleatur, hæredes vnius contra hæredes alterius agere possint ex contractu, iuxta d. §. ex conditionali, instit. de verbor. obligation. qui loquitur in transmissione actiua, & tex. in l. si quis, si Titius. ff. eod. titul. qui in passiua loquitur: in posteriore verò casu, transit contractus ad hæredes creditoris, non veró contra promissoris hæredes, si enim promissor, qui promisit sub cōditione, si ipse capitolium ascenderit, post mortem stipulatoris capitolium ascendat, tanquàm adimpleta conditione conueniri poterit ab hæredibus illius, cùm tamen econtrà, si ipse moriatur antequàm ascendat, conueniri hæredes illius non poterunt, etsi ipsi ascendant; Et ita in vtraque specie tradit Imol. tametsi potestatiuam cōditionem appellet in his casibus, in d. l. si decem, cùm petiero, col. 2. versicul. Item aduerte; quem in prima loquens sequitur Gom. d. c. 11. num. 36. versicul. Item adde.

Notandum tamen est, quòd re benè perpensa, nulla apparebit differentia inter hos casus; quod enim in posteriore dicitur, contractum non transire contra promissoris hæredes, non ex eo prouenit, quòd spes conditionalis contractus non transeat contra hæredes illius, sed ex eo potiùs, quia in casu illo, promissore mortuo nullus reperitur contractus qui transire posit; hæc enim conditio, *si capitolium ascendero*, per alium, quàm per me ipsum impleri non potest, vnde, mortuo illo, qui sub ea promisit, antequàm ascenderet, defecisse, apparet; vel etiam deficit, illo moriente, cùm

iam ascendere nequit, vt considerat Iuriscons. in l. final. ff. de condition. instit. idcircòquè transire ad hæredes spes conditionalis contractus nõ potuit, cuius conditio, debitore mortuo defecisse, apparet. Quod, cùm conditio refertur ad tertij alicuius personã, pariter obtinet, si enim is moriatur antequàm in capitolium ascendat, deficit contractus defecta conditione, quæ per hæredes illius cuius personæ addicta fuit, impleri non poterit, vt nuncupatim tradunt Imol. & Gom. vbi sup. argum. tex. in l. qui hęredi in princip. & in l. Mæuius, ff. de condition. & demonstr.

Superest, itaque, vt illam solummodò conditionem, potestatiuam dicamus ad decisionem præsentis quæstionis, quę á facto, & potestate eius, cui, illam impleri, interest, liberè pendet.

4. Et hæc, in duplici est differentia; aut enim eiusmodi est, quòd ad implementum illius, factum duntaxat in eam deductum contrahentes attendunt, non facientis personam; aut eiusmodi, in qua facientis etiam personam attendunt; quod, inspecta conditionalis facti natura, discernere, facile cuique erit. Prioris speciei exemplum patet in illa conditione, *Si sthicum seruum tuum manumiseris*; in qua, manumissionis factum, non manumittentis persona attenditur à contrahentibus; quod enim prætendit is qui sub ista conditione promittit, serui libertas est, & domini personam, tanquám ad id aptam, in conditione designauit, non exclusurus aliã, si per illam sthicus manumitti legitimè potuisset. Eiusdem speciei exemplum est in conditione illa, *si decem dederis*; & hìc enim conditionis factũ, non facientis persona inspicitur. In his autem, & alijs eiusdem naturæ, quorum exempla leguntur in l. vnic. §. ne autem. C. de caduc. tollend. quia contrahentes, non tam facientis personam, quám factum in conditione positũ attendunt, á mente iuris alienum videri cuiquam, non debet, si dicamus, à mente contrahentium alienum non esse, quòd, cùm talis est conditio, per alium impleatur, per quem æquè, vt per illum, qui designatus est, impleri possit. quod in illa, *si decem dederis*, probat Iurisconsult. in l. final. ff. de condit. institution. & in l. Arethusa, in fin. ff. de stat. homin. & in similib. alijs Imperator in d. §. ne autem.

5. Nec obstat vulgaris regula, quòd conditiones in forma specifica sunt adimplendæ. d. l. qui hæredi, & d. l. Mæuius. ff. de condit. & demonstr. quæ est ratio communis sententię in quæstione proposita: ad quam respõdet Couar. pract. d. c. penult. num. 7. in conditionibus, tam quæ à testatoribus, quâm quę à contrahentibus exprimuntur, non tam verborum formulam, & rigorem, quâm ipsorum mentem à quibus ponuntur, debere attendi, satisquè esse, si illorum mente obseruata, per æquipollens impleantur; id quod communiter tradiderunt Bart. Imol. Alex. & Nouiores alij in l. Gallus. §. & quid si tantùm. ff. de liber. & posthum. vbi latissimè prosequitur Cost. noster in 5. §. part. ex nu. 3. cum sequentib. Petr. Stella d. l. qui Romæ §. Augerius, nu. 89. Galganet. de conditionib. 2. part. c. 1. quæst. 41. ex num. 3. & fusiùs quæst 103. per tot. Quibus addo, quòd conditionis forma, non est sumenda à verbis quibus scribitur, sed à mente eam scribentis, quæ verbis præualet, & per quam conditio ipsa regitur, & regulatur. l. in conditionibus. ff. de cõdition. & demonstr. l. Pater Seuerinam, eod. titul. quam ad hoc expendit Cost. d. 5. part. §. num. 4. l. hæredes mei. §. cùm ita. ff. ad

Trebell.

Trebell. quia quod in vnaquaque re principale est, id illi formam indit. Vnde, non temere dicetur, in forma specifica conditionem impleri, quæ secundùm mentem illius â quo scripta est, per ęquipollens impletur. Et sic euitabitur difficultas, qua replicari posset ex communi sententia tradente, quód requisitum pro forma, non potest impleri in æquipollente, vt esse communem regulam, tradit Dec. in l. si mater, num. 4. C. de institution. & substitut. vbi tamen eam declarat, vt non habeat locum quando forma respicit certum effectum, prout in conditione, vt in tex. ibi, cum similib.

6. Alterius membri in distinctione prędicta exempla ponit Imperat. d. l. vnic. §. ne autem, versicul. Quid enim si testator. C. de cad. tollend. veluti, *si in locum certum abieris, si tabulas mihi pinxeris*; quæ conditiones, quia non factum in illis deductum solummodó attenditur, sed etiam persona, per quam fiat, per aliam, quâm per expressam in illis personam impleri non poterunt, iuxta tex. ibi, in versic. Sin verò talis. Quod in illa, *si in capitolium ascenderis*, æquè probat tex. in d. l. final. ff. de condition. institut & in illa, *si Alexandriam ieris*, de qua glos. ibi verb. per alium, constituens differentiam inter hanc, & illam, *si Titio decem dederis*. Et denique, ad istud membrum pertinent omnes in quibus personæ industria electa apparebit, vt in l. inter artifices. ff. de solution. c. final. §. final. de offic. delegat. vbi plenissimè Felin. per tot. & communiter Scribent. quando dicatur electa personæ industria, & quomodo id cognoscatur; & quando actus per alium explicari non posit; de quo etiam nouissimè Cardin. Tusch. practicar. conclus. tom. 4. conclus. 105. & sequenti sub litera I. Galganett. de conditionib. 2. part. cap. 1. quæst. 9. & ante eos Menoch. de arbitrar. libr. 1. quæst. 68. ex nu. 8.

7. Ex his vera iam apparet quęstionis resolutio: si enim potestatiua conditio talis est, in qua factum in illa deductum contrahentes attenderũt, non personam per quam fieret, quia, per quemcunque fiat, idem semper sequitur effectus, vt in exemplis prioris membri distinctionis præmissæ, dicendum erit, quòd contractus sub ea celebratus, transmittitur ad hæredes, cum iure implendi i lam, iuxta sententiam Stellæ, Duar. Coras. Connan. & aliorum quos refert, & sequitur Couar. d. c. penult. nu. 2. in princ. quam sic accipit, licèt sic non explicet Castill. d. lib. 3. c. 14. num. 6. versic. Imó & aliquando. Cùm enim tales conditiones impleri per alios legitimè possint, vt constat ex prædictis, & de natura contractus conditionalis sit, vt spes illius transeat in hæredes, vt etiã constat, nihil est, quod transitum hunc & transmisionem impediat in casu isto, in quo, transmisionis ratio ad contractus sup. tradita, æquè cernitur, vt in alijs, in quibus illa generaliter obtinet.

Si autem conditio potestatiua sit de numero, seu natura earum, quæ pertinent ad posterius distinctionis membrum; quia contrahentes in illa non solùm factum, sed & facientis personam respexerunt, ex quo per alium, quàm per illum qui ad id designatus fuit, impleri nequit, mortuo creditore antequàm impleat, transmisioni locus non erit, iuxta cõmunem sententiam, in casu isto accipiendam; à cuius mente alienũ fortè non fuit, vt in isto duntaxat teneretur; in quo conueniunt, qui contra eam tenent, vt esse de mente eorum perpendit Castill. d. c. 14. num. 7. & nuncupatim in casu isto probat Didac. à Brito in cõs. ad causam maiorat.

Regiæ

Regiæ coronæ quęſt.2.nu.6.vbi alios refert.

8. Addendum verò eſt,quòd regula generalis tranſmiſsionis contractuum cōditionalium,hìc in nullo læditur, nec etiam caſu iſto coarctatur,ſi quidem in eo,moriente illo per quem conditio impleri debuit,iuxta formam illius,ac cōtrahentium mentem,conditio ipſa deficit,& per conſequens nullus reperitur contractus conditionalis,nec ſpes illius,non magis quám in conditione illa, *ſi nauis ex Aſia venerit*, quę ſi non veniat,nec iam venire poſsit,mortuo deinde illo cui ſub illa promiſſum fuerat, de tranſmiſsione contractus quæſtio nō erit, quem defeciſſe, conſtat, ante mortem creditoris. Quod in conditione illa, *ſi capitolium aſcenderis*, obſeruauimus ſup.per l.final. ff.de condit. inſtitution.

9. Nec huic reſolutioni obſtat tex in l.ſi decem, cùm petiero, ff. de verbor. obligat. vbi hæc ſtipulatio, *decem,cùm petiero, dare mihi ſpondes*, ſi ego deceſſero priusquám petiero, tranſit ad hęredes,& rationem ſubdit Vlpian. ibi, quia talis ſtipulatio non tam habet conditionem, quám admonitionem quandam quó celeriùs & quasì ſinè mora, pecunia reddatur; ex quo innuit, quód, ſi ita concepta eſſet ſtipulatio, *decem dare mihi ſpondes,ſi petiero*; quia tunc verè conditionalis eſſet,ſi ego deceſſero,priusquàm petiero,non tranſiret ad hæredes: & ita notant ibi gloſſ. Bart. & communiter Scribent. inde probantes, ſpem, ac ius conditionalis contractus, quando conditiò poteſtatiua eſt, in hæredes non tranſmitti,iuxta communem de qua ſup. Quæ tamen ſic generaliter accepta, ex illo tex.nō probatur, ſed magis ſuperior reſolutio: etenim, conditio illa, *ſi petiero*, poteſtatiua quidem, talis eſt, quæ ſtipulatoris ipſius perſonæ adhæret, tāquám à libera voluntate illius dependens,vt illa, *ſi voluero*, quæ in effectu non multùm inter ſe differunt, & licèt eæ non valeant in perſona debitoris.l.centeſimis §.final. ff de verbor.obligat.l.ſub hac.ff.de obligat.& action. propter rationem ibi ſcriptā, in perſona creditoris,ſeu ſtipulatoris, in quo ceſſat ratio de qua ibi, bene quidem valent; quia tamen propriæ illius voluntati committuntur, impleri per alium non poſſunt, & ideo non tranſmittuntur ad hæredes, vt euenit in illa, *ſi capitolium aſcenderis*, & ſimilibus, iuxta pręcedentem reſolutionem. Et ita reſpondet Couar.d.c. penult.num 6.

10. Circà quod eſt aduertendum, quòd conditiones hæ, *ſi volueris, ſi petieris, ſi capitolium aſcenderis*, in hoc conueniunt, quia non tranſeunt ad hęredes,ſtipulatore mortuo,antequám impleat,ex ratione de qua ſup. quia,nempe, morte illius deficit conditio, vt in illa, *ſi capitolium aſcenderis*, & ſimilibus, diximus ſup. & in iſta, *ſi petieris*, probat d.l.ſi decem,in finalibus verbis, iuncta communi ſententia ibidem, de qua ſup. á contrario ſenſu inde deducta. Et ratio eſt, quia hæc conditio, *ſi petiero*, voluntatis declarationem exigit, quæ voluntas morte finitur,l.4.ff.locat. c.ſi gratioſè,de reſcript.lib.6.qua ratione idem eſt in conditione hac, *ſi voluero, promittis mihi*; quam illi æquiparat Couar. d.num.6. verſicul. Illa verò conditio.

11. Aduerto deinde,conditiones has, *ſi voluero,ſi petiero*, differre ab illa, *ſi in capitolium aſcendero*, quia iſta impleri per alium nunquam poteſt,nec quidem ex voluntate & mandato meo, & idem eſt in ſimilibus, quæ proprium perſonæ, cui iniunguntur, factum requirunt, de quibus ſup. Illæ verò,

verò, de mandato, & voluntate mea impleri per alios poterunt: nihil enim interest, an per me petam, quod mihi sub conditione, *si petiero*, promissum fuit, an per procuratorem ad id à me constitutum, cùm semper idem æquè sequatur effectus, & propriç voluntatis declaratio, à qua conditio pendet, præcedat. Quæ voluntas cùm etiam per epistolam, & nuntium declarari posit, per epistolam, & nuntium conditiones prædictæ impleri poterunt.

12. Aduerto denique, inter has conditiones, *si voluero, si petiero*, differentiam esse; quia illa per simplicem voluntatis declarationem impletur, quamuis de ea debitor non certioretur; adeò, vt in ipso testamento suo, & vltimo elogio posit creditor conditionem hanc implere, debitore ignorante. Hęc verò conditio, *si petiero*, vltra nudam voluntatis declarationē, debiti petitionem exigit, à creditore ipso, vel ab alio de mandato illius debitori nuntiatam. Vnde, non satis erit, si declaret, se velle, quod conuenit conditioni, *si voluero*, sed requiritur, quod petat, hoc enim important verba conditionis, *si petiero*. Secundùm quæ cautè accipiēdus est Stella in l. qui Romæ. §. Augerius, num. 67. ff. de verbor. obligat. dum scribit, hanc conditionem, *si petiero*, impleri nuda creditoris voluntate, qua declaret, se petere, aut velle habere, aut quidpiam simile, ad quod allegat Bart. Ias. & alios in d. l. si decem, & alibi. Debet enim intelligi de voluntatis declaratione cum postulatione promissi.

Petere autem debet vel in iudicio, vel extra: nam verba conditionis, ad iudicialem petitionem non sunt restricta, & verbum, *petere*, propria significatione, etiam extra iudicialem petitionem comprehēdit. l. vinū, iuncta gloss. ibi, verb. cùm petitum esset; communiter recepta secundùm Dec. ibid. num. 1. ff. si cert. petat. Et licèt ille num. 3. contra gloss. teneat in casu de quo loquitur ad tex. ibi, videlicet, ad constituendum debitorem in mora per interpellationem extraiudicialem, fatetur tamen, conditionem, *si petiero*, per extraiudicialem petitionem impleri, per tex. quem ad hoc allegat, in d. l. si decem cùm petiero, ff. de verbor. obligat. per quem idem expresè probauit gloss. in l. ampliùs non peti, verb. non committi, & ibi Bart. num. 1 ff. rem rat. haber.

13. Sed dubium erit, an conditio ista, per creditorem impleri posit post mortem debitoris, petendo ab hæredibus illius; vt illa, *si capitolium ascendero*, quę post mortem debitoris, impleri potest per creditorem quandocunque ascendendo, & si antea, & in vita debitoris ascendere, potuisset, & non ascendisset. Decisio enim tex. in l. hæc conditio. 2. ff. de cōditionib. & demonstrat. in contractibus non procedit, in quibus prædicta potestatiua conditio adimpleri quandocunque poterit, & non requiritur, quòd creditor impleat, cùm primùm posit, secundùm Bart. d. l. hæc conditio, vltim. opposit. cuius sententiam alij sequuntur, & probat Cost. qui illos refert lib. 2. select. interpret. c. 4. num. decim. sed nec semper in vltimis voluntatibus obtinet decisio illius tex. sed demum in particularibus relictis, vt per Bart. ibi, & alios, Cost. d. cap. 4. num. 1. vbi de intellectu, & materia illius tex. agit.

Quod verò attinet ad quæstionem propositam, etsi conditio illa, *si capitolium ascendero*, post mortem debitoris impleri posit; in hac, *si petiero*, distinguendum reor inter stipulationem sic conceptam, *promitto tibi centum, si petieris illa*, &, *promitto tibi centum si á me petieris*. In prima specie, quia conditio expréssim

expresſim ac demonſtratiuè promiſſoris perſonam non deſignat, illi ſatisfit petendo ab hæredibus: non ita in ſecunda, vbi conditio perſonam promiſſoris non egreditur, propter pronomen demonſtratiuum illius in ea additum. Quod enim hæres perſonam defuncti repræſentat, & eadē cum illo reputatur, fictio legis eſt, ſecundùm quam non debet conditio impleri, ſed ſecundùm veritatem quā verba illius ſignificant, l. qui hæredi, l. Mæuius.ff.de condit.& demonſtrat. Bart. & alij in l. Gallus. §. & quid ſi tantùm.ff.de liber.& poſthum. Stella d.l. qui Romæ. §.Augerius, num. 33. Præſertim cùm non eadem appareat contrahentium mens ad implendam conditionem cum hæredibus promiſſoris, qui fortè, petendi conditionem ad perſonam ſuam coarctare, voluit, quasì oppoſitam magis auido creditori propter aliquam fiduciæ, ſeu reuerentiæ cauſam, quam ſibi ab illo ſperabat.

14. Quod autem diximus, per procuratorem peti poſſe, vt conditio impleatur, & per epiſtolam, & nuntium, intelligendum eſt, dummodò petatur ante mortem creditoris: nam ſi illo mortuo procurator petat, nihil aget, quia morte mandantis euanuit mandatum. l. mandatum. C.de mandat. ſimiliter epiſtola, & nuntius, poſt mortem mittentis allatus non implet conditionem; quia his petitio incipit in perſona debitoris, cùm perferuntur ad eum, quo tempore, iam è medio ſublatus eſt creditor, cuius nomine peti debet pro conditionis implemento. Quod in cōditione, *ſi voluero*, ſecus eſt, ad quam ſufficit ſimplex voluntatis declaratio debitore etiam abſente & ignorante; vt antea dicebamus.

Ex his, itaque, reſolutum manet, non obſtare ſuperiori reſolutioni d.l. ſi decem cùm petiero, quæ potiùs illi fauet, dum probat per argumentum à contrario ſenſu, quod inde communiter elicitur, conditionem illam poteſtatiuam quidem ac facilem, *ſi petiero*, ad hæredes ſtipulatoris non tranſire; id enim ex eo prouenit, quia talis conditio pro implemento requirit actum voluntatis, quę cúm morte illius cui impoſita cōditio eſt, finiatur in eo, illicò, conditio quæ antea non extitit, nec iam exiſtero poteſt, defecta apparet, vt probat d. l. ſi decem, in fin. Quam ſic intelligit Couar. d.c. penult. nu. 6. & ante eum Stella in repetit. d. §.Augerius nu. 71. nouam ſuam declarationem eſſe, dicens, ad d.l ſi decem.

15. Maior eſt difficultas tex. d.l. qui Romæ. §.Augerius. ff. de verbor. obligat. cuius in hac materia frequenter Doctor. comminiſcuntur, & anxiè quidem pro intellectu illius laborantes; ibi enim Augerius ſeruo Publij Mæuij ſtipulanti ſpopondit, ſe daturum quicquid patrem ſuum Publio Mæuio debere, conſtitiſſet, euenit, vt antequám de debito conſtaret, pater Augerij moreretur, poſt cuius mortem quid quantumquè deberet, conſtitit; & conſultus Scęuola, an Augerius teneretur, reſpondit, non teneri, ſecundùm communem illius tex. intellectum, collectum ibi, *Reſpondi, ſi conditio non extitiſſet, ſtipulationem non eſſe commiſſam.* Vnde inquiunt, ſponſionem, de qua ibi factam cenſeri ſub conditione, ſi de debito conſtitiſſet inter debitorem, & creditorem, quam cum hæredibus debitoris impleri nō poſſe, arbitrantur, ſed eo mortuo ante calculationem debiti, defectam eſſe. Et ita communis eſt concluſio ſecundùm gloſſ. final. Bart. & alios per tex. ibi in d. §. Augerius, quòd, ſi quis promiſit alicui ſoluere, quantum cōſtiterit, ei ſemproniū debere, mortuo

sempronio antequàm de debito constet, non tenebitur promissor, licèt postea cum hæredibus illius de debiti ratione agatur, & quantum ille debuisset, legitimè constet. Quem casum, mirabilem vocat Paul.& peregrinum, in d.§. Augerius; &, si eum non haberemus, inquit, quilibet diceret contrarium; quod, in fine ibid. fatetur, esse magis secundùm mentem contrahentium; concludit tamẽ, dicens, quòd à tex. recedere non possumus. Cuius rationem in eo constituunt, quòd post mortem debitoris constare non potest quantum ille debeat, sed quantum debuisset; in quo conditionis verba, quæ in forma specifica debet impleri, non verificantur; promisit enim soluere, quantum constiterit, debere sempronium, non, quantum constiterit, illum debuisse; & ita post Zaz. & Donell. ibi ab eo citatos interpretatur etiam nouissimè Castill. lib.3. controuersiar. c. 14. num.11.

Hæc tamen communis conclusio, & interpretatio, alijs Neothericis multùm displicuit citatis à Castill. d. c.14. num.13. Et contra illam in Granatensi prætorio iudicatum fuisse, refert Cost. select. interpret. lib.2.c.23. in princip. vbi, omisso Alciat. intellectu lib.1 dispunct c.13. vbi diuinatoriè nimis, & violenter tex. accipiebat, intelligens, Iurisconsult. ibi respondisse, non esse commissam stipulationem respectu duntaxat vsurarum, & accessionum excurrentium post susceptam Augerij obligationem, & cõfutato alio Petr. Stell. quem, post repulsum Alc. intellectum, & alios, tradidit in repet. d.§. Augerius, num. penultim. his, inquam, repulsis Cost. nouo sensu tex. accipit, intelligens, Scæuolam ibi, pro more, obliquè respondisse, si conditio non extitisset, stipulationem non esse commissam, significare volentem, stipulationẽ esse commissam, quia secundùm sibi propositi facti speciem cõditio extitisset, etsi post mortem patris Augerij de debiti summa constitisset cũ hærede illius, vt proponebatur. Cui intellectui magis assentitur Couar. d. c. penult. pract. quæst. num.5. versic. Cæterùm Emanuel, cõmunem sentẽtiam falsã reputans post alios ab illo relatos.

Sed nec illi displicet Connan. intellectus ibid. vltimò relatus, qui lib. 6. commentar. iur. ciuil. c.3. Scæuolæ responsum è contrario accipit de cõditione, si Mæuius creditor, saluam pecuniam, quam sibi deberi constitisset, à debitore, vel hæredibus illius habere non posset; Ad quam conditionem, tanquàm necessariò subintellectam in stipulatione, de qua ibi, iuxta tex. in l. si ita stipulatus fuero 97. §. possum. ff. de verbor. obligat. respexisse Scęuolam, arbitratur, dum inquit, si conditio non extitisset, stipulationem non esse commissam, pro impleta sinè dubio habita illa quæ ad debiti summam pertinebat, constito de ea post mortem debitoris, vt proponebatur. Quem Connan. intellectum, Cost. & Aliorum interpretationibus reiectis approbat, & facilem, veram, ac necessariam interpretationem sibi videri, asserit Suarez à Ribeira ad Gom. 2. tom. c.11. in antepenult. addit.

16. Sed hic Connan. intellectus, ex eo saltem non ita laudandus est, quia secundùm eum, Iurisconsultus quæstioni sibi propositæ non respondit, sed aliud penitus diuersum de quo non fuerat interrogatus decidit; quęsitum enim ab illo fuit, an conditio illa, quantũ constiterit, debitorem debere, post debitoris mortem impleri posset, vt stipulatio cõmitteretur; cũ quo nihil cõmune habet subintellecta cõditio de excussione debitoris,

seu hæredum illius, ad quam Scæuola respondit secundùm prædictum Connan. intellectum. Rursus intellectus iste, non ita stabilis apparet fundamento quo nititur, dict. l. si ita stipulatus fuero. §. possum, etsi illum ex hoc tex. maximoperè illustrari, scripserit Riber. loco citato. Etenim tex. ille variè à Doctoribus intelligitur, vt constat ex Ias. ibid. & obscurus ita in se est, vt nullam ex eo lucem afferre securè possimus ad dilucidandas tenebras dict. §. Augerius.

Et secundùm Bartol. intellectum, quem sequuntur omnes post eum excepto Raphael. vt testatur Ias. ibid. num. 2. in specie stipulationis, de qua in d. §. Augerius, conditio de excussione principalis subintelligi non poterat: distinguit enim Bart. in d. §. possum, in fine, inter hæc, ***Promitto, me tibi nomine Titij soluturum, seu daturum***, &, ***Promitto, me tibi soluturum, seu daturum quod Titius debet***, vt in primo casu promissor, non reputetur fideiussor, sed succedat obligatio illius ad interesse, cui locus erit, cùm creditor debitum á Titio debitore consequi non possit, iuxta decisionem illius tex. in secundo verò casu promissor, fideiussor reputetur, vt ita conueniri statim posset non excusso principali secundùm ius illud. Ad quem casum pertinet facti species de qua in d. §. Augerius, non enim ibi dicitur, quòd Augerius nomine patris sui promisisset soluere, seu dare Publio Mæuio creditori, sed quod spoponderit, se illi daturum quicquid patrem suum debere constitisset. Quæ stipulationis forma pertinet ad secundum casum distinctionis prędictæ, in quo principalis debitoris excussio non requirebatur iure illo .ff orum. Atque ita apparet, quòd stante Bart. & Sequacium intellectu ad d. §. possum, Connan. intellectus ad d. §. Augerius, manifestè corruit. Qui multó minus sustineri potest retento Petr. de Bellapert. & Dyn. intellectu ad dict. §. possum, quem sequuntur Bald. & Angel. & sibi plus cæteris placere, scripsit Ias. ibi d. num. 2. in fin. quia magis applaudet literę, secundùm quos litera d. §. possum, ita legitur, vt in illa, differentia ponatur inter stipulationem, qua aliquis, alicui se soluturum, promittit, quod sempronius illi debet, & stipulationem, qua, se daturum illi, promittit, quod sempronius illi debet, vt in prima, quia facti est. l. cõsilio. §. final. ff. de curator. furios. succedat obligatio ad interesse, sicut in alijs faciendi stipulationibus. l. stipulationes nõ diuiduntur versic. Celsus ff. de verbor. obligat. & ideo non teneatur, qui pro alio soluere promisit, nisi quatenus creditoris intersit, cuius nullum in hoc vertitur interesse, cùm á debitore debitum integrè consequi possit; in altera verò, teneatur qui promisit, etsi debitor soluendo sit, quia, qui daturum se promisit, quod alius debet, non faciendi, sed dandi obligationem suscepit, quam pręstare tenetur. Quo stante intellectu Petr. & Dyn. ad d. §. possum, apparenter corruit assignatus à Connan. ad d. §. Augerius, ibi, namque, legimus, quòd Augerius spopondit, se daturum quicquid patrem suum debere cõstitisset.

17. Repulso, itaque, Connan. intellectu, nec etiam probo quem Cost. tradidit d lib. 2. c. 23. num. 2. supponit enim, Scæuolam, de re non ambigua interrogatum, obscurè ex animo respondisse. Quod Iurisconsulto par non erat, ad quem magis pertinebat, dubia explanare, quàm explanata intricare. Præsertim, quòd si proposita ibi facti species ita dubio carebat, vt directó illi respondere, dignum se nõ duceret

duceret Scæuola, ideoque responderet obliquè casum indubitabilem supponens, multò minus dignum videri debuit legum Compilatoribus, illis annumerare decisionem, ita dubitandi ratione carentem, quam quasi Iurisconsulti responso indignā Scæuola reputaret. Denique, verba illa quęstionis decisiua, *Respondi, si conditio nō extitisset, stipulationem non esse cōmissam*, ad facti propositi quæstionem relata, prout referri debent, propriè significant, stipulationem de qua ibi non esse commissam, si conditio liquidandi debiti in vita patris non extitisset, quia, nempe, eiusmodi erat, quòd post mortem illius impleri non poterat, atque ita verba illa, *si conditio non extitisset*, conditionis defectum important, quia idem est, dicere, non extitisse conditionem, transacto tempore quo debuit impleri, ac dicere, illam defecisse, tametsi aliud sit, conditionem non existere, aliud, deficere conditionem, vt Cost. considerat, ex hoc, prædicta decisionis verba in cōtrarium sensum, omisso directo ac plano, quem illa non obscurè significant, subtilitate ingenij contorquens.

18. In hac igitur tam graui, ac tam periculosa difficultate quæ doctissimorum Virorum ingenia superauerit, nihil securius reor, quám literę tex. & communi sententiæ ex ea collectæ inhęrere; quam quidem vti verā probo, etsi Alij acriter in illam inuehant, vti falsam, ac iuris, & ęquitatis rationibus resistentem increpantes; præsertim Gutierr. de iuram. confirmat. 1. part. c. 37. nu. final. communem veró sentētiam, & interpretationem ad d. §. Augerius, nouissimè probant, & latè defendunt Zeuall. practicar. commun contra comm. quæst. 727. ex num. 53. libr. 2. aliàs in 4. tom. quæst. 900. ex num. 53. Et Castill. dict. lib. 3. cap. 14. ex num. 12. vsque ad fin. capit. Pro cuius explanatione pręmitto primò, hāc stipulationem, *Promitto, me tibi daturum, seu soluturum, quantum sempronius tibi debet*, differre ab ista, de qua loquitur tex. in dict. §. Augerius, *Promitto, daturum me tibi quicquid constiterit sempronium debere*: prima enim pura, ac simplex est, atque idcircò sinè controuersia est, quòd tenebitur promissor tanquám ex pura stipulatione pro debito sempronij, siue eo viuo, siue mortuo constet, quantum debuisset: secunda verò conditionalis est, vt omnes agnoscunt; verba enim illa, *quicquid*, seu, *quantum constiterit, sempronium debere*, in futurum prolata conditionem important; ante cuius euentum non nascitur actio. l. cedere diem. ff. de verbor. significat.

Pręmittendum deinde est, in hac stipulatione, *Promitto tibi soluere quantum constiterit, sempronium tibi debere, rationibus cum illo factis & computatis*, cum sempronio ipso debiti calculum fieri debere, vt impleatur conditio, nec sufficiet, fieri cum hæredibus illius; vt in conditione illa, si sempronius capitolium ascenderit, quæ per sempronium ipsum, & non per hæredes illius impleri debebit, vt sup. tradidimus cum Imol. in l. si decem cùm petiero, col. 2. versicul. Item aduerte. ff. de verbor. obligat. Quod etiā ex eo clarè ostenditur, quia si in stipulatione, pro debiti computu tertius aliquis in calculatorem nominaretur, manifestum est, per illum duntaxat, & non per alium, nec per hæredes illius, liquidandi debiti conditionem impleri potuisse; sicut, nec compromissum in hęredes arbitri transire, manifestū est; gloss. in l. diem proferre. §. 1. verb. morte, & in l. sed interpellatur. §. final. verb. litigatoribus. ff. de recept. arbitrar. Nec, qui promisit soluere iudicatum ab

vno iudice, alio iudicante qui in nominati locum substitutus fuerit, tenetur l. penult. ff. iudicat. solu. tradit Ias. in d. §. Augerius nu. 7. versic. Vtramque.

Tertiò, & vltimò præmittitur, in hac stipulatione, *promitto tibi, soluere, quicquid constiterit, sempronium tibi debere*, ex mente promittentis esse, vt cum debitore ipso, debiti calculatio & rationes expediantur, tanquàm qui rem hanc, in qua de proprio illius facto tractatur, meliùs quàm alius nouerit, meliusquè in eam fuerit instructus; atque ita, quod in præcedente stipulationis forma, verbis expresse venit, vt præmisimus, in hac tacitè subintelligitur ex mente contrahentium, ex eo collecta quod verisimilius est; verisimilius enim est, qui promisit, pro alio soluere, quicquid constiterit, illum debere, voluisse, vt de debito eo modo constaret, quo meliùs ac certiùs posset, id est, cum debitore ipso hinc inde actis, ac redditis rationibus, vt considerat Ias. pro intellectu d. §. Augerius, d. num. 7. versicul. Vtramque, Socin. & Zaz. ibi, Zeuall. & Castill. post eum vbi sup. Et licèt Couar. d. c. penult. practicar. quæst. num. 5. versicul. Nonò, contrarium latè contendat: omnia tamen quæ adducit, eò ferè tendunt, vt probet, post mortem debitoris cum hæredibus illius, de summa debiti verè & certò constare posse per legitimas probationes: quod non negamus; negamus vero quod inde infert, idcircò, nempe, conditionem de qua ibi cum hęredibus impleri posse: quia mens contrahentium aliud monet, quæ talis esse conijcitur, vt cũ debitore ipso, & non cum hæredibus illius debitum examinaretur. Qua ratione à Ias. ibidem dissentio, quatenus intelligit, decisionem d. §. Augerius, ex eo procedere, quia Augerius ibi, ad examen debiti non fuerat vocatus, sed solùm patris debitoris hæredes, existimans, scilicet, quòd si & ille vocatus fuisset, pro impleta conditio haberetur, quem in hoc alijs rationibus confutat Couar. d. num. 5. versicul. Verùm quia; & ante eum Stella in d. §. Augerius, nu. 102. cum sequentib.

His sic pręmissis, credo, non iam ita Nostros terrebit Augerius, seu Scæuola in illo, nec sic dura videbitur communis conclusio, ex eo desumpta. Non enim ibi stipulatio pura fuit, de soluendo pro debitore quicquid ille deberet, sed conditionalis, de soluendo quicquid constiterit, illũ debere, cuius conditionis factum tale est, vt cum illo impleri debuisset, & non cum hęredibus illius, tanquàm ad id electo, vt præ alijs meliùs instructo. Atque ita communem sententiam ac conclusionem probo, Scæuola, sic planè, & facilè, cũ communi, intellecto, in d. §. Augerius. Cuius decisionem, vt, vnde digressi fuimus, reuertamur, ex prædictis apparet, nullatenus obstare superiori resolutioni de transmissione potestatiuæ conditionis in contractibus, nec pertinere ad quæstionem hanc, quia ibi potestatiua conditio non erat, quæ à solius creditoris facultate non pendebat, sed cum alio, nempe, cum patre Augerij impleri debebat; quo casu, conditionem, potestatiuam non censeri, resoluimus sup. Qua etiam ratione, & alia, responsum Iurisconsf. in l. fideiussor obligari. §. vltim. ff. de fideiussorib. ad quęstionem hanc non pertinere, expendit Couar. d. cap. penult. num. 6. versicul. Item non oberit. Et, de transmissione contractus conditionalis, hæc modò satis.

Con-

Conuenientiæ sextæ

SVMMARIA.

1. *Cautio Mutiana non habet locum in contractibus, sed in vltimis voluntatibus, etiam si conditio affirmatiuè concipiatur; & in donatione causa mortis.*
2. *Communis ratio differentiæ inter cōtractus, & vltimas voluntates traditur, & probatur.*
3. *Bald. opinio refertur communem differentiam limitans in contractibus quando res super qua celebrantur, natura sua transitoria ad hæredes nō est Contrarium cum Alex. & alijs probatur nu.4.*
5. *Refellitur Fulgos. interpretatio ad cōditionem*, si capitolium non ascenderit, *adiectam vsusfructus stipulationi.*
6. *Traditur, nec in bonæ fidei contractibus cautioni Mutianæ locū esse, communi sententia etiam in illis accepta.*
7. *Intelligitur tex in l.insulam. §.final. ff locat. & traditur, diuersam esse cautionem de modo implendo à cautione Mutiana.*
8. *Cautio de modo implendo habet locum in relictis sub modo, & etiam in bonæ fidei conuentionibus sub modo celebratis, secundùm communem. Et quid in contractibus stricti iuris, ibi in versic Nec tantùm.*
Et an cautio de modo implendo locū habeat etiam casu quo relictum, aut promissum modale, ad modi implementum non pertineat d.num.8. 9. & 10.
10. *In contractibus innominatis non habet locum cautio de modo implendo etiam si modus de re promissa sit adimplendus.*
11. *Cautio Mutiana, & modalis, cum fideiussoribus præstantur; & non sunt de necessitate præcisa, sed causatiua.*
12. *Ex causa suspicionis cautionem præstare tenetur debitor, etiamsi sit debitor ex contractu stricti iuris. Et cautio cum fideiussore præstanda est in casu isto, in versicul Nec tantùm. Et quando verbum,* cauere, *de simplici cautione intelligatur, remißiué, ibid. in fin.*
13. *Debitor ex contractu cauere non tenetur nisi suspicionis causa superueniente; debitor verò ex testamento, in diem, vel sub conditione, cauere tenetur etiam nulla interueniente causa.*
14. *Molin. opinio refertur, tradentis, maioratus possessorem teneri ad præstandā cautionem sequenti successori quando maioratus vltima voluntate fuit institutus. Contraria probatur num.15.*
16. *Traditur, posse testatorem remittere cautionem legatarijs, & fideicommissarijs aliàs præstandam.*

Sexta contractuum cōuenientia.

De cautione Mutiana.

1. EST & alia inspectio, (& hæc erit conuenientia sexta cōmunis contractibus) circá potestatiuas conditiones in contractibus, vt, nempe, etsi tales sint, quæ compleri non poßint nisi morte ipsius creditoris cui iniunguntur, pro illarum implemento mors illius expectanda sit, cautionis Mutianæ remedio locum in illis non habente, vt probat tex. (quem ad hoc commendant Doctor. citati à Ias. in l.siue apud acta, num.15. C. de transact. & singularem ac meliorem de iure dixit Gom. post relatos ab eo, 2.tom.c.11.n.37. versic. Quartò facit) in §.

in §. si quis ita stipuletur, institut. de verbor. obligat. in quo etiam contractus ab vltimis voluntatibus secernuntur, in quibus cautio prædicta locum habet, cùm conditio impleri nõ potest nisi morte personæ cui sub illa relictum extat, vel cum expectatione tristis euentus. l. Mutianæ. ff. de condition. & demonstrat. vbi Bart. num. 3. tradit, hoc procedere etiam in conditionibus affirmatiuè conceptis, quæ ante legatarij mortem impleri non possunt, per l. pater. §. socrus, á contrario sensu. ff. de condit. & demonstrat. & l. Titio fundus, in princip. eod. titul. l. seruo inuito. §. 1. ff. ad Trebell. sequitur Peregrin. cum relatis ab eo, de fideicommiss. artic. 11. num. 126. Galganett. de conditionib. 2. part. c. 6. quæstion. 6. num. 3. & communiter recipitur, vt asserit Cost. idẽ secutus lib. 2. select. interpret. cap. 6. num. 1. qui num. sequenti, Bart. exemplum ad hoc non probat. Et cautio ista locum etiam sibi vendicat in donatione causa mortis, vt tradũt communiter Scribent. per tex. in Auth. de nupt. §. quia veró nunc, versicul. Præfatæ autem, collat. 4. Molin. de Hispanor. primogen. lib. 2. c. 12. num. 27. Galganett. d. quęst. 6. nu. 16. quia talis donatio vltimis voluntatibus assimilatur.

Prędictam veró differentiam inter contractus, & vltimas voluntates, vt in illis Mutianæ cautioni locus non sit, in istis verò sit, tradunt gloss. & Bart. num. 4. in d. l. Mutianæ; vbi communem, & veram conclusionem vocat Socin. num. 11. in princip. quam ibi, & sępe alibi probant Doctor. cõmuniter, vt constat ex Ias. cõmunem dicente, eamquè probante contra gloss. ibi, in d. l. siue apud acta, nu. 15. vbi etiam contra gloss. ibi, quæ est glossa magna, tenet Bart. num. 10. & communiter Scribentes, idem Ias. in l. 3. num. 15. ff. de condict. caus. dat. Galganett. d. quæst. 6. num. 16. quam tamen glossam ab hac sententia, seu impositione illius saluat Socin. in d. l. Mutianæ, num. 10. versicul. Sed tu dic; communem etiam fatetur Dec. cum gloss. magna in fin. & Alex. ibi in l. 1. num. final. C. de pact. licèt ab illa dissentiat; communem quoque dicunt, & sequuntur Rip. in l. ita stipulatus, num. 43. ff. de verbor. obligat. Petr. Stella in l. qui Romę. § Augerius, nu. 75. ff. de verbor. obligat. Gom. d. c. 11. nu. 37. Molin. d. c. 12. nu. 26. receptam, & verissimam sentẽtiam asserit Cost. d. lib. 2. c. 5. nu. 4.

2. Cuius differentię varias rationes assignant Doctor. in d. l. Mutianę, Ias. d. l. siue apud acta num. 16. Gom. d. cap. 11. num. 37. col. 2. versicul. Et si quæras, Cuiat. lib. 14. obseruat. c. 32. fundamentalis, & vera ratio est, quam pungit gloss. 1. in d. l. Mutianæ, vbi approbant Imol. & Socin. eamquè communem dicit Dec. in d. l. 1. num. final. nempe, fauore vltimæ voluntatis Mutianam cautionem introductã fuisse; quem fauorem non ita promeruerunt contractus, in quibus vtriusque contrahentis versatur consensus & factum, qui legem potuerunt apertiùs dicere, si ante realem conditionis euentum, contractum committi voluissent; quarè, cùm hoc non expressissent, conditionis euentus est expectandus, prout illius rigor, & natura expostulat; præsertim quia sic vtilius est alteri ex contrahentibus, qui, conditionis euentu obligari, speratur, & non præsumitur, duriorem sibi viam, quam non expressit, nec verba sonant, eligere voluisse, iuxta regul. l. cùm de indebito. ff. de probat.

Quæ ratio in vltimis voluntatibus cessat, in quibus solius testatoris voluntas & factum versatur, ei, quem honorat, prouidere intendentis, sumpta

ſumpta pro illo voluntatis coniectura, quę in conditionibus potiſsimùm obtinet: ſumitur verò coniectura hæc ex eo, quia non præſumitur, teſtatorem voluiſſe, cum cui commodo relicti prouidere intendit, ſi ſcriptam conditionem adimpleret, adimpleta per illum conditionẽ, relicti commodo fruſtratum manere, quo, quandiu viueret, frui non poſſet, ſi iuxta vulgatam conditionis naturam, in verum illius euentum, relictum ſuſpenderetur. Quarè, huic incommodo, Mutianæ cautionis remedio prouiſum fuit, quo interim conditio pro impleta haberetur: ſubit enim hæc cautio vicem implementi, vt tradit Bart. in d. l. Mutianæ, in princip. & num. 4. & communiter Scribentes, differẽtiam inde notantes inter hanc cautionem, & illam quæ pręſtatur de modo implendo; de quo Molin. d. c. 12. nu. 24.

3. Prædictam verò communem ſententiam, quam & Bald. regulariter probat in Auth. cui relictum, in fin. C. de indict. viduit. tollend. limitat ibidem, vt non procedat, quando in contractibus id venit, quod natura ſua nõ tranſit ad hæredes, tunc enim, inquit, quód cautio Mutiana locum in illis habebit, ex eadem ratione, qua locum habet in vltimis voluntatibus, quando talis eſt conditio, quæ ante mortem perſonæ honoratæ impleri nequit: quod exemplificat in promiſsione alimentorum, vſusfructus, & ſimilium rerum quæ, cũ morte ipſius cui promittuntur, extinguntur. Quã Bald. ſententiam, vt multùm æquam, & contrahentium menti congruentem approbat Socin. dubius tamen, in d. l. Mutianę, col. 4. num. 11. in fin. dicens, quòd fortè propter illius authoritatem ſeruaretur in practica, ſequuntur Rip. d. l. ita ſtipulatus, num. 45. Gom. d. c. 11. num. 37. verſicul. Sed ego teneo, vbi pro eadem ſententia citat etiã Iaſ. in addition. ad Criſtoph. in §. ex conditionali, col. penult. inſtit. de verbor. obligat. Quorum ratio eſt, quia aliàs, ſi in re non tranſitoria ad hæredes cautioni huic locus nõ eſſet pro implemento conditionis, eluſorius, & inutilis maneret contractus, quod in dubio credendum non eſt, voluiſſe contrahentes.

4. Contrariam veró ſententiam tenent Alex. & ſi Bald. opinionem ſingularem, & valde notabilem dicat, in l. 1. num. penult. C. de pact. Iaſ. in l. 3. num. 16. in fin. ff. de condict. cauſ. dat. Coſt. d. lib. 2. ſelect. c. 5. num. 5. qui pro Bald. ſententia allegat etiam Portium in §. ſi quis ita inſtit. de verbor. obligat. & pro hac, cui ipſe adhæret, vtrumque Raphael. pręter Alex. in d. l. 1. Quibus accedo, quod enim, ſpeciali quodam vltimę voluntatis fauore, quæ pleniorem in iure interpretationem regulariter promeruit, l. in teſtamentis. ff. de regul. iur. ſcriptum legimus, ſinè lege, contra ordinariam conditionum naturam, ac ſtrictum ius, ad contractus extendere, non poſſumus. Præſertim, cùm & in ipſis vltimis voluntatibus cautionem Mutianam, cuius Author fuit Quintus Mutius Scęuola Iuriſconſultus, á quo nomen accepit, Imperatoris Pij ſententia comprobatam fuiſſe, legamus in d. l. Mutianæ; quasì ad inductionẽ illius pro lege ſeruandam ſola Iuriſconſultorum authoritas non valeret. Multò minus igitur, in contractibus, ad quos huiuſcemodi nobis authoritas deeſt, erit inducenda, quanuis aliàs inutiles maneant; quod non credo in promiſsione vſusfructus ſub conditione, ſtipulatoris obitu terminanda, etſi, qui Bald. ſequuntur, aliter ſentiant: cùm in contractibus conditio exiſtens, ad tempus celebrationis eorum retro trahatur, vt trademus articulo ſequenti; ex quo, etſi vſusfructus

ipse non transeat ad hæredes, impleta tamen cōditione stipulatoris morte, fructus interim ex re percepti ad illos pertinebunt, quemadmodùm pertinerent á die contractus, si sub conditione alia quæ postea existeret, vsusfructus constitueretur, iuxta tex. in l. necessariò. §. quòd si pendente, & ibi gloss. ff. de pericul. & com. rei vendit.

Sed nec Bald. ratio in d. Auth. cui relictum, in fin. ad cautionem Mutianam in vltimis voluntatibus sustineri potest; sensit enim, sinè ea, inutilia legata manere; quod falsum est; cùm moriente legatario, & vel in ipso vltimo vitæ spiritu conditio impleri possit, & sic legatum ad hęredes transmitti; vt contra rationem prædictam aduertit Alex. d. l. 1. num. penultim. in fin. Imol. d. l. Mutianæ, colum. 2. post med. quanuis de Bald. opinione ibi non meminerit, Ias. d. l. siue apud acta, nu. 18. C. de transact. & in d. l. 3. num. 16. ex quo, inquit ibi, prædictam Bald. sententiam corollariè confundi; cuius etiam sententię meminit in d. l. siue apud acta, num. 17.

5. Semota autem in casibus prædictis Mutiana cautione, aliam in illis interpretationem inducit Fulgos. & probate visus est in l. etsi post tres, num. 9. ff. si quis caution. nempe, vt qui stipulatus est vsumfructum sub conditione, si capitolium non ascenderit, intelligatur, si, cùm primùm potuerit capitolium ascendere, non ascenderit, argumento eius quod de libertate scriptum est in l. libertas. §. 1. ff. de manumiss. testament. Quam Fulgos. interpretationem, etsi ingeniosè dictam dicat Cost. d. c. 5. nu. 5. non tamen probat, prçterquàm in matrimonij contractu, propter exuberantiorem illius fauorem. Quo argumento, in alimentis quoque idem recipi posset, propter eorumdem fauorem: & quia alimentorum promissio, ipsius cui promittuntur personam respicit quandiu ille viuit, & non hæredum illius; ideo maneret inutilis promissio contra contrahentium mentem, si pro conditionis implemento, tempus mortis eius necessarió expectandum esset, sicut & matrimonij contractus sub eadem conditione celebratus: idcircò benigna interpretatio quæ fauore libertatis admissa est in d. l. libertas. §. 1. in his quoque recipienda erit, in quibus eadem versatur ratio, & non dissimilis fauoris causa; non verò in stipulatione vsusfructus in qua loquitur Fulgos. d. num. 9. & similibus alijs, in quibus nec vlla ratio fauoris vrget, vt à proprietate verborum recedatur, &, si secundùm eam conditionis euentus expectetur in tempus mortis, non manet inutilis contractus in personis hæredum creditoris, propter retrotractionem ad tempus celebrationis illius.

6. Ex prædictis infertur, communem sententiam procedere etiam in contractibus bonæ fidei; in quibus eam expressè probant Imol. in dict. l. Mutianæ, col. 2. in princip. Socin. nu. 10. & sentit ibi Bart. num. 4. vt expendit Socin. d. num. 10. quo etiam in loco eum defendit à nota Imol. sentientis, Bart. in hoc sibi contradixisse in d. l. siue apud acta. Et ita est de mente communis, simpliciter probantis, cautionem Mutianam non habere locum in contractibus, quia ius singulare, & exorbitans, in vltimis voluntatibus scriptum, non debet porrigi ad contractus, in quibus non reperitur expressum. l. quod verò. ff. de legib. quæ ratio contractus bonæ fidei æquè comprehendit: atque ideo in illis, æquè vt in stricti iuris iudicijs, ex mente Bart. & communis dicendum est, cautioni Mutianæ locū non esse;

esse; quicquid contrarium scripserit Galganett. de conditionib. 2. part. c. 6. quæst. 6. nu. penultim.

7. Et non obstat tex. in l. insulam. §. final ff. locat. etenim, cautio de qua ibi, Mutiana non est, sed de modo implendo, quæ diuersa est, & locum habet in modalibus relictis, iuxta l. quibus diebus. §. Termilius. ff. de condit. & demonstrat. vbi Bart. & Scribent. quem tex. allegat gloss. final. in d. l. insulam. §. final. ex quo sentit, cautionem de qua ibi, ad bonę fidei contractum præstandam, non esse Mutianam, quæ demum locum sibi vendicat in dispositionibus conditionalibus vltimę voluntatis, & non in modalibus, iuxta tradita per Doctor. in d. l. Mutianæ, & in d. l. siue apud acta, vbi Bart. num 10. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 12. num. 23. sed esse cautionem de modo implendo, de qua in d. §. Termilius, quia conuentio illa, vt centum nummi præstarentur conductori ad refectionem rei conductæ, modalis erat, idcircò, si satisdaret, cautione, scilicet, data de modo implendo, illa deberi, respondit Iurisconsult. De qua etiam cautione tex. illum intellexit Bart. d. l. siue apud acta, num. 11. vt contra Imol. aduertit. Socin. d. l. Mutianæ, nu. 10. quem tex. ad hoc communiter solere allegari, scripsit Molin. d. c. 12. nu. 28.

8. Ex quo intellectu ad d. l. insulam. §. final. infertur, cautionem de modo implendo, quę locum habet in modalibus relictis, vt dictum est, locum etiam habere in bonæ fidei cõuentionibus sub modo celebratis, vt tenet Bart. d. l. siue apud acta, num. 11. Imol. & Socin. in d. l. Mutianæ, vbi hic nu. 14. de communi testatur eam secutus, etiam si modus talis sit, qui non veniat adimplendus ex pecunia sub eo promissa, vt & tunc cautione pręstita de illo implendo, possit creditor petere, remoto exceptionis obstaculo, vt euenit in modalibus relictis, secundùm communem in d. §. Termilius. In qua etiam specie sententiam hanc probasse videtur Bart. in d. l. insulam. §. final. vtens dictione, *maximé*, ad casum de quo ibi loquitur, de modo implendo ex pecunia promissa; qua item in eandem sentẽtiam vtitur Paul. in d. l. siue apud acta, nu. 5. ad fin. vbi Alex. num. 10. ita sentit de Bart. in d. §. final. propter dictionem, *maximè*, qua loquitur ibi.

Nec tantùm in bonæ fidei iudicijs, sed etiam in contractibus stricti iuris, cautionem hanc de modo implendo admittunt Imol. d. l. Mutianę, col. 2. versicul. Item etiam aduerte, & Socin. ibi, num. 13. & 15. cum Bart. in d. §. Termilius, num. 15. Ias. d. l. siue apud acta, num. 21. vbi Alex. num. decim. Bartol. opinionem in d. §. Termilius, magis communem esse, dicit, etiam cùm modus non est adimplendus ex pecunia sub illo promissa, & sequitur contra Fulgos. ibid. quo etiã casu, in contractibus stricti iuris, hanc sententiam probat Socin. cum alijs quos refert d. n. 15. & indistinctè loquens in cõtractibus bonæ fidei, & stricti iuris, vt commune tradit, & sequitur Molin. d. c. 12. num. 28. quanuis in stricti iuris contractibus hoc non probet Bart. in d. l. siue apud acta, solùm in contractibus bonæ fidei cautionem hanc recipiens d. num. 11. per d. l. insulam. §. final. Quem in hoc sibi contrarium notat ibi Ias. d. num. 21. post Imol. d. l. Mutianæ, col. 2.

9. Ego quidem alibi agens de cautione ista ad obtinenda modalia relicta, latè contendebam, illam locũ duntaxat habere, quando ad implementum modi à testatore præcepti, commodum relicti pertineret; aliàs vero; priùs modum impleri debere, quàm relictum deberetur; quod ita tradidi

tradidi in repet. l. Titiæ, si non nupserit 2. part. ex num. 28. ff. de condit. & demonstrat. contra omnium Interpretum sententiam, quia secundùm testatoris mentem quæ primum locum obtinet in dispositione sua, opinionem hanc esse, duxi, in cuius comprobationem, tex. ipsum in d. l. quibus diebus, §. Termilius, in articulo isto capitalem, vbi communis conclusio scribitur, adducebam, & l. eas causas, eod. titul. per singula verba explanatam inducebam. Nec nunc video, salua communis sententię pace, & authoritate, quám aliás reuereri soleo, vnde ab opinione illa mea discedere cogar, quam, vt dixi, testatoris voluntati conformem esse, contendebam. Quarè in eadem persisto sententia; secundùm quam, cùm in vltimis voluntatibus, cautionem de modo implendo non recipiam, quando modus ex commodo relicti non est adimplendus, multó minus recipere eam possum in contractibus, eodem themate retento. Et quidem, licèt Bart. in d. l. insulam. §. final. cõtrarium tenuisse, videatur, vt, de mente illius ibi esse, asserit Socin. d. l. Mutianæ, num. 14 in fin. commune dicens in contractibus bonę fidei, qui in num. sequenti, idem in eodẽ themate probat circà contractus stricti iuris, post Imol. ibid. d. col. 2. vt diximus; hoc tamen quod hic dicimus, non aborret à mente Bart. in d. l. quibus diebus. §. Termilius, num. 15. tam inspecta ratione quam adducit ad inducendam cautionem istã in contractibus, quám inspectis exemplis, quibus ad id vtitur: quæ omnia sunt de modo implendo ex pecunia debita; de quo etiam est casus tex. in d. l. insulam. §. final. quem ibi Bart. allegat, & in d. l. siue apud acta, num. 11. vbi fatetur, se non reperire cautionem hanc in cõtractibus bonæ fidei, nisi in casu d. l. insulam. §. final. qui, vt ibi videbitur, est casus de modo implendo ex pecunia debita. Si ergo, iuxta Bart. testimonium, cautio hæc extra hunc casum non reperitur in contractibus, videtur, quòd in casibus alijs non sit admittenda, etiam stante communi calculo ad modalia relicta, quia hæc pleniorem iure sibi vendicant interpretationem. l. in testamentis. ff. de regul. iur. vt cõsiderant gloss. & communiter Doctor. pro ratione differẽtiæ inter contractus, & vltimas voluntates, ad negandam in illis cautionem Mutianam, quæ recipitur in his.

Et non obstat differentiæ ratio à Bart. & alijs frequenter adducta in d. l. Mutianæ, & in d. l. siue apud acta, inter Mutianam cautionem, & hanc de modo implendo; quam in eo constituunt, quia Mutiana cautio non habet locum nisi in dispositionibus cõditionalibus, in quibus non oritur actio ante conditionis euentum, quæ cautione Mutiana reputatur impleta, vltimæ voluntatis fauore, contra iuris regulam, vt oriatur actio, quæ nõ dum orta erat; quæ idcircò non ita facilè ac temere ad contractus debuit extendi, vt cautio modalis, quæ, non facit oriri actionem, vbi non erat; inquiunt enim, ex dispositione sub modo concepta, siue in vltimis voluntatibus, siue in contractibus, actionem statim oriri, obstare tamen agenti exceptionem ob non impletum modũ, cum quo relictũ, aut promissum fuit, cuius exceptionis obstaculum remouetur cautione præstita de illo implendo; quod cùm facilius sit, quàm actionem dare non dum competentem, facilius fuit, cautionem hanc ad contractus extendere, quàm illam. Qua ratione moti illam Doctor. cõmuniter admittunt in contractibus, Mutianam vnanimi consensu abnegantes.

10. Ex

10. Ex qua consequenter, & si modus ex re promissa sit adimplendus, in contractibus innominatis cautionem hanc de illo implendo abnegant communiter omnes in dict. l. Mutianæ, vbi Socin. num. 16. & in d. l. siue apud acta, & ibi Paul. Alex. & alij contra Bart. distinguentem vt ibid. per eum d. nu. 11. quia in illis ante implementum actio non oritur, vt inferiùs suo loco trademus, vnde cautio modalis in illis locum non sortitur, vt actio competat, quę secundùm contractus naturam, ante implementum non oritur.

In quo vltimo cum Nostris conuenio; in reliquo cùm distinctione de qua sup. Cui, inquam, prædicta ratio non obstat; demus enim, ex dispositione modali actionē statim oriri, quę tamen exceptione elidi posit ante modi implementum, vt omnes agnoscunt, id sanè non aliunde prouenit quàm ex contrahentium voluntate, qui, voluisse, creduntur, non aliàs actionem alteri aduersùs alterũ cum effectu competere, quàm modo, sub quo gestus est contractus, priùs secuto, nec aliam, præter hanc quæ elicitur ex contrahentium mente, rationem excogitare possunt Scribentes, ad hanc exceptionē probandam. Si ergo, ante verum modi implemētum illa competit ex contrahentium consensu orta, cur sinè lege auferetur cautione data de modo implendo? Nam, quòd actio orta sit, sufficiens ratio non est ad tollendam exceptionem aduersùs illam competentem; alioquin, & in contractibus vltro citroque obligatorijs, idem dicere, cogeremur, vt nempe, emptor, cui perfecta venditione competit actio aduersùs venditorem vt res tradatur, ad rem sibi tradendam agere cũ effectu posit ante pretij solutionem cautione præstita de illo soluendo; quod cũ Bart. in d. l. quibus diebus. §. Termilius, nu. 15. negant omnes. Et quanuis in vltimis voluntatibus hoc illis demus, non temere erit ad contractus extendendum, ex ratione, de qua sup. præterquâm vbi mens cõtrahentium aliud poposcerit, vt, cùm appositus ab illis modus, talis est, qui ex pecunia debita impleri debeat, vt in casũ d. l. insulam. §. final. in quo demum, communem sententiam idcircò probo.

11. Et istæ quidem cautiones, Mutiana, scilicet, & modalis, de quibus hactenus actum est, cum fideiussoribus pręstantur; & sic intelligitur verbum, *cautio*, à lege prolatum; Guidop. decis. 249. nu. 1. Gail. pract. obseruat. lib. 2. obseruat. 47. num. 4. Et cautiones hæ, voluntariæ sunt; nec enim creditor, hanc, aut illam vnquã præstare, cogitur, sed præstare potest in casibus permisis, vt quasì impleta conditione, aut modo, agere posit; quod enim gloss. magna in d. l. siue apud acta, C. de transactionib. legatarium cogi ad cauendum, scripsit, fauore vltimarum voluntatum, de Mutiana intelligens, iuxta tex. quem allegat, in d. l. Mutianæ, non est accipiendum de necesitate pręcisa, sed de causatiua, vt consequatur relictum, vt declarat gloss. 1. ad tex. ibi in d. l. Mutianæ, & Bart. d. l. siue apud acta, num. 14.

12. Aliæ verò in iure nostro cautiones sunt, quæ necessariò pręstantur à debitoribus in diem, vel sub cõditione, cuiusmodi est illa ad quam compellitur debitor, ex causa suspicionis post contractum emergente, de qua loquitur tex. in l. in omnibus ff. de iudic. quæ, etsi loquatur in bonę fidei iudicijs, etiam locum habet in contractibus stricti iuris, vt contra gloss. tenet Bart. ibi in fin. & in l. 3. num. 3. ff. de condict. caus. dat. Bald.

com-

communem dicens contra gloss. ibi, Angel.Fulgos.& Paul.in d.l.in omnibus, per l.si creditores. ff.de priuileg. creditor. quam leg. dixit Paul.d.l. in omnibus,in princ. esse glossam illius leg. quia illam supplet in quatuor,de quibus ibi per eum: tenet etiam contra gloss. ibi Alex. d.l. siue apud acta, num.9.& sequent.Pelaez de maiorat. commune dicens 4. part. quæst. 34. nu.3.ad fin.

Nec tantùm in hoc glossa illa communiter reprobatur à Bart. & alijs, sed & quatenus sentit, cautionem de qua ibi, nudam esse; qua cautione, modici effectus esset lex illa, vt Bart. ait,& alij ibid. qui hinc assumpta occasione tractant,an, & quando debitor compelli posit,ad instrumentum de debito creditori faciendum, vt per Iacobin. de sanct. Georg. post alios ibi. Et omnes contra gloss.communi consensu probant,cautionem,de qua in d.l.in omnibus,cũ fideiussore esse, debere, vt constat ex Fulgos. ibi dicente,quòd ita placuit Doctorib.tam vltramontanis,quàm citramontanis, Iacobin.ibid.in princ. qui cõmunem cõtra glossam dicit, quod etiam asserit, & sequitur alijs citatis Barbos. in l.diuortio.§.interdum, nu.17.ff.solut. matrim. vbi in numer. præcedentib. ex 12.& sequentib. latè disputat, quã do quis cum fideiussore cauere teneatur,& quando verbum, *cauere*, de simplici cautione intelligatur;de quo per Scribent. in d. l. in omnibus, Gail.d. obseruat 47. Quesad.diuersar.quæst. iur.c.11. ex nu.1.

13. Illa verò circà hoc differentia est inter contractus,& vltimas voluntates,vt & hanc alijs addamus,quòd, in contractibus debitor in diem, vel sub conditione, cauere non tenetur, nisi suspicionis causa post cõtractum eueniente, vel,quæ tẽpore cõtractus, latebat, postea apparente; hæc enim in hoc à pari procedunt secundùm Paul.d.l.in omnibus,num.2.quem sequitur Iacobin. ibi num.5. per tex.ab vtroque citatum, & à Iacobin. notabilem dictum, in l.in confirmando.ff. de confirmand.tutor.& in c.pastoralis,extr. de exceptionib. de quo inferiùs latiùs agemus; debitor veró ex testamento, in diem, vel sub conditione,etiam nulla intercedente causa, cauere tenetur cum fideiussore, aut pignore, vt in titul. ff. vt legator. seu fideicommissor.nom.caueat. & C. vt in possess. legator.l.peto §.fratre.ff.de legat.2.cum alijs de quibus Gom. in l.40.Taur.numer.78. Peregrin.de fideicommis.articul.40.nu.10. Quam differentiam inter debitorem ex cõtractu, & ex testamento, obseruant Doctor.in d.l.in omnibus,vbi Bald.in addit.ad lect. suam ibi, hoc vltimarũ voluntatum fauori attribuit, & ante eum Cyn.in l.1.ad fin.C.vt in possess. legator. explicat Barbos. d §.interdũ, num.18. circà init. eandem differentiam tradunt Bart.per tex.ibi, Paul.& alij in l. inter omnes. ff. qui satisdar. cogant. ita, vt scripserit Molin. de Hispanor.primogen. lib. 1. c.15.nu.7. clarissimum esse,hanc esse ibi cõmunem omnium opinionem tam in directo,quàm in obliquo substituto, & in d.l.in omnibus, & in omnibus locis,vbi de hac materia agitur.

14. Ex qua infert ibid. & num. sequenti, ad cautionem à maioratus possessore sequenti successori præstandam, iuxta distinctionem præmissam, inter maioratum in vltima voluntate institutum,aut in cõtractu, post Gom. sic etiam distinguentem in l.40. Taur. d. num. 78. cui addit Molin.d. num.8. hoc fore intelligendum de maioratu irreuocabiliter in contractu instituto, vt tunc non nisi ex causa suspicionis satisdare teneatur possessor, aliás enim, si maioratus reuocabili-

uocabiliter in contractu institueretur, de quo apud Hispanos est. l. 44. Taur. quia tunc vltimæ voluntatis vicem sustinet, etiam nulla intercedente causa ad cauendum cogeretur, iuxta prædictã cõmunem differentiam inter contractus, & vltimas voluntates. Quam sententiam etsi, vt verissimam probet Molin. in maioratibus, ex clarissimisquè iuris principijs apertissimè deriuatam, vt ille loquitur d. c. 15. num. final. ibi tamen fatetur, quòd raro in forensibus controuersijs adduci solet, & quòd nunquã viderit sequentem maioratus successorem, ab eius possessore cautionem, cessante dilapidationis suspicione, petentem, nec exigentem; de quo ibidem miratur.

15. Ego verò, quicquid illi indubitanter asseuerent, & ante eos Palat. Ruuios in repet. cap. per vestras, de donat. inter vir. & vxor. §. 44. nu. 2. 3. & 4. vbi adeò verum censet, maioratus possessorem teneri cauere sequẽti successori, adinstar fideicommissarij, vt scripserit d. num. 4. quòd etsi omnia iura deessent, recta tamen ratio hoc dictat, contrarium intrepidè tenendum censeo, nempe, vt nulla intercedente causa, satisdare non teneatur, etsi institutio maioratus pendeat ab vltima voluntate, legibus, quę de cautione hac legatarijs, & fideicommissarijs præstanda loquuntur, in maioratus institutione limitatis, tametsi illum, vt fideicommissum deferri, fateamur, cum Palat. d. nu. 4. Molin. qui hoc latè prosequitur dict. lib. 1. c. 14. num. 9. cum sequentib. & d. c. 15. num. 5. Pelaez de maiorat. 1. part. quæst. 1. nu. 3. qui id tamen non ita indistinctè probat.

In quam opinionem testatoris voluntas me mouet ex eo collecta, quòd verisimile non sit, eum, quem ille, nominis sui, familiæquè suæ memoriam honorificè portare. voluit, maioratus á se ob hanc causam instituti successione, hoc cautionis onere grauare, voluisse, quo, non rarò maius eueniret incommodum præsentis possessoris, quàm emolumentum sequentis successoris; siquidem huic aduersùs alienationem bonorũ, satis iure succursum extat per vendicationem eorum aduersùs quoscunque possessores; quod enim Palat. d nu. 4. & Gom. d. l. 40. Taur. nu. 78. in fin. vtilitatem istius cautionis in eo considerant, quòd timore illius abstinebit possessor ab alienationibus rerum maioratus, & quòd si de facto fiant, per eam consultum erit successori contra fideiussores pro sumptibus & expensis factis in repetendis rebus, parui momenti est, vt illius intuitu tanto onere cautionis prægraueturpossessor, cui sæpe, non difficile tantùm, sed & impossibile erit, illud præstare, præsertim in opulento maioratu; & sic eueniet, vt sequestratio fiat bonorum maioratus, vel sequens in possessionem mittatur, vt tradit Palat. præcedente satisdare nolente, dict. §. 44. in fin. & eum secutus Molin. d. c. 15. nu. 17. quod, absurdum reor, ex priore secutum, & contra testantis voluntatem, vt propter securitatem expensarum litis, si quando res de facto alienetur, quod certum non est, rerum possessio auferatur ab illo, quem ille prælegit, in quo interim nominis sui, ac familiæ suæ memoria per eandem rerum possessionem, ac administrationem conseruaretur.

Concludo, itaque, maioratus possessorem proximiori sequenti cauere non teneri nulla ad id causa impellente, tametsi institutio illius, vltima voluntate sit ordinata; idquè non ex ratione, qua hanc opinio-

X nem

nem tentauit Peralt.in l.3 §.qui fideicommissam, nu.29. & sequenti.ff.de hæredib. instituend. nempe, quòd maioratus succesſio ex vniuersis bonis instituti,iure directo deferatur sequentibus successoribus, & non obliquo: quod fundamentum,& per cõsequens opinionem illo stabilitam, duplici ratione confutat Molin. dict. cap.15. num.5. cum duob. sequentib. Pelaez verò qui cum Peralt. hanc eandem tuetur sententiam, de maiorat. 4. part. quæst.34. num.2. cum sequentib. alia pro ea adducit fundamenta, quibus communes traditiones inter contractus, & vltimas voluntates destruere videtur.

16. Quarè,opinionem hanc, nõ ex hoc,sed ex eo quod scripsi, probo, nempe, ex testatoris voluntate legitimè coniecturata; quem quidem cautionem hanc remittere posse,nemo dubitat, iuxta l.2. l. cùm Archimedoram.C.vt in possess.legat. Auth. contra cùm rogatus. C. ad Senat. consult. Trebell. Adeò, vt illa simpliciter remissa, &, in dilapidationis casum remissa censeatur, vt ex Bart. & alijs per tex. ibi, in l. final. ff. vt legator. seu fideicomm. nomin. caueat. quem singularem,ac notabilem dicunt,tradit Molin.d.cap.15.num.9. quod ibi limitat, & latiùs num.29. & sequenti, vt non procedat in dolosa dissipatione, quam nec expresse remittere potest testator, vt ibid. per eùm; quod non placet Peregrin. de fideicommiss.articul.40. num.11. vbi, & num.sequenti agit de cautione de vtendo,& fruendo arbitrio boni viri, quam testator vsufructuario remittere nequit; & differentię rationem inter hanc, & illam assignat. De qua cautione ab vsufructuario præstanda agit latè Pinel.noster in l.1.C.de bon. mate. n.2 part.à num.75.

Conuenientiæ septimæ
SVMMARIA.

1. *Conditio existens in contractibus,ad tempus celebrationis eorum retrotrahitur; in vltimis voluntatibus non retrotrahitur, in versicul. In quo etiam. Differentia ratio assignatur,nu.2.*
3. *Legatum conditionale ante cõditionis euentum, in bonis testatoris legalem hypothecam non sortitur.*
4. *Conditionis retrotractio etiam in distractibus, & liberatorijs pactis locum habet.*
5. *Conditionis euentus non retrotrahitur in contractibus quoad dominij acquisitionem.Nec quoad contractus validitatem.*
6. *Cum Bart. & communi traditur,potestatiuam conditionem cùm impletur,ad tempus contractus non retrotrahi, & Petr. Stell.declaratio ad communem refertur.*
7. *Cõmunis indistinctè probatur omissa Stell.declaratione,quæ,á mente communis alienam esse,ostenditur.*
8. *Respondetur ad tex in l.qui balneum, versicul. Ampliùs. ff. qui potior. in pignor.habeant.*
9. *Vt conditio existens retrotrahatur, requiritur,quòd extremũ, á quo,habile sit ad contrahendam obligationẽ.*

7. conuenientia contractuum.

De retrotractione conditionis.

1. Septimò principaliter, institutum superius prosequẽdo, conueniunt contractus,in retrotractione conditionis, quæ in illis, quandocunque existat, ad tempus quo

quo celebrati fuerunt, retrotrahitur, ita vt extunc perinde habeantur, ac si ab initio purè celebrati fuissent. l. si filiusfamilias, vbi Bart. & alij ff. de verbor. obligat. quam ad hoc tota die allegari, dixit ibi Ias. in princip. l. sub conditione. ff. de solution. l. quę legata, cum l. si filius, statim sequenti, quæ in aliquibus codicibus deest, ff. de reg. iur. l. qui balneum, versic. Ampliùs. l. potior, versicul. Videamus, vbi gloss. final. alias allegat ff qui potior. in pignor. habeant. tradit Tiraq. de retract. lignagier. § 1. gloss. decim. nu. 49. latè Bart. in l. si is qui pro emptore quæst. 5. ex num. 46. ff. de vsucapionib. vbi prosequitur Ioan. Crott. ex num. 135. cum sequentib. Cardinalis Tuschus cum relatis ab eo practicar. conclus. iur. tom. 2. conclus. 600. sub litera C. num. 20. cum sequentib. & alijs citatis tradit Petr. Surd. cons. 101. num. 27. lib. 1. & ad casum condemnationis secutæ post contractum conditionalem cuius conditio euenit post ipsam bonorum condemnationem, notaui in commentar. meis l. 1. C. de sacrosanct. eccles. 1. part. §. 5.

In quo etiam contractus differunt ab vltimis voluntatibus, quia in illis conditio existens non retrotrahitur l. 1. §. serui appellatione, vbi Bart. notat ff. ad Senat. cons. Syllanian. idem Bart. d. l. si is qui pro emptore, quæst. 5. num. 47. & sequenti, & in dict. l. si filiusfamil. in princip. & communiter Scrib. ibi, ex Crott. d. l. si is qui pro emptore, num. 129. l. si legati ff. de pignorib. l. si vsusfructus. §. final. ff. quand. dies legat. ced. l. si vxor tua. C. de cōdit. insert. vbi differētiæ rationē assignat gloss. & aliam Bart. in d. l. si filiusfamil. vbi Ias. alias aliorum rationes differentiæ adducit, nullam firmiter probans, tametsi col. final. versicul. Quintam rationem, gloss. rationem in d. l. si vxor, vt minus periculosam, tenendam moneat, vel aliam à Cuman. traditam, quam quarto loco retulit: quod æquè monuit in dict. l. si is qui pro emptore, nu. 320. in fin. vbi de hoc latiùs per eum.

2. Ego, differentiæ istius rationem in eo esse, puto, quia contractus vtriusque contrahentium consensu aguntur, è quorum voluntate esse, creditur, vt, id inter eos actum esse, intelligatur, tametsi non expressissent, quod ad celeriorem ipsius contractus perfectionem, & consummationem conducit, cuiusmodi est conditionis retrotractio, per quam contractus, quasi ab initio purè celebratus reputatur, & sic celerior illius per eam perfectio, & consummatio inducitur, vt, quod verè facere non potuerunt contrahentes, quando sub conditione contractum celebrate, illis placuit, saltem per fictionem ad voluntatem eorum introductam, id illis iure concederetur. Hæc autem ratio, cessat in dispositionibus vltimarum voluntatum; in illis enim solius testatoris adest voluntas, qui non creditur, celeriorem volūtatem suam exitum habere, voluisse, quàm quem ipse expressit; præsertim, cùm id damno hæredis cedat, pro quo, in dubio, voluntatis coniectura ac præsumptio est. l. vnum ex familia. §. si rem ff. de leg 2. l. nummis. ff de legat. 3. cum alijs, de quibus Gom. 2. tom. cap. 11. num. 11. in princip. & communem ita esse regulam, tradit Clar. in §. testamentum, quæst. 76. versicul. Testator in dubio, ex Socin. Iun. cons. 9. num. 4. lib. 1. repetit Peregrin. de fideicommiss. articul. 34. num. 72. Atque ideo, conditionis retrotractio, quæ per fictionem legis inducitur, faciliùs in cōtractibus admitti debuit,

 quàm

quám in testamentis, secundùm agẽtium mentem, quæ semper in vnaquaque dispositione debet attendi.

3. Ex eo verô, quòd in vltimis voluntatibus conditio postea existens non retrotrahitur, sequitur, quòd legatum conditionale ante conditionis euentum, legalem hypothecám non sortitur; de qua in l. 1. C. comm. de legat. & ideo, si bona testatoris ante fuerint ab hærede alienata, existente postea conditione non poterit legatarius hypothecaria agere cõtra bonorum possessores, vt plenè tradit Paul. cons. 446. Ad primum quæsitum, in princip. lib. 2. Aret. cõs. 11. procedendum, num. 2. versic. Sed contra ista, Tuschus Cardinalis, qui illos retulit, practicar. conclus. iur. tom. 2. conclus. 599. sub litera C. nu. penultim. & in conclus. sequenti num. 8. Et hanc, communis istius differentiæ rationem esse, duxi.

4. Quæ, quod attinet ad contractus, cùm etiam militet in distractibus, & pactis liberatorijs, in illis quoque conditio existens retrotrahitur, vt pro ampliatione regulæ tradit Ias. in d. l. si filiusfamilias, num. 1. & Crott. d. l. si is qui pro emptore, nu. 138. post citatos ab illis. Et num. sequenti quinque limitationes assignat Ias. ad eandem regulam, plures Crott. ex num. 135.

5. Quarum prima est, vt procedat quoad acquisitionem commodi, aut incommodi ex contractu prouenientis, non quoad dominium, quod non retrotrahitur, sed tempus traditionis spectatur, vt cum Bart. tenent omnes, Tusch d. conclus. 600. num. 9. Nec quoad validitatem contractus, (& ista est secunda regulæ fallentia) nam quoad eam non trahitur retro conditio, sed attenditur tempus quo illa euenit, iuxta l. si rem meam. ff. de verbor. obligat. de qua opponit gloss. 2. in fin. in d. l. si filiusfamil. eod. titul. & soluit, vt ibi, vbi secundùm limitationem hanc soluit; quam sequitur Bart. Ias. & alij vtrobique, Crott. d. l. si is qui pro emptore, num. 137. versic. Secundò limitatur, vbi dicit, pro hac limitatione esse tex. expressum in d. l. si rem meam, & quòd ibi notant omnes: vbi Bart. quem cæteri sequuntur secundùm Ias. ibid. num. 6. breuiter doce, quando hoc, aut illud stipulationis tempus attendi debeat.

6. Tertió & principaliter fallit prædicta communis regula, & conclusio, in conditione potestatiua, quę non trahitur retro, secundùm Bart. d. l. si filiusfamil. versic. Sed quæ est ratio, & Ias. ibi num. 2. limitat. 2. Bart. d. l. si is qui pro emptore, num. 46. & ibi etiam Ias. num. 311. & Crott. num 137. fallent. 5. Et est communis sententia Scribentium ibi, & in d. l. si filius, & passim alibi, per tex. in l. 1. in fin. & in l. qui balneum, versicul. Ampliùs, & in l. potior, in princip. ff. qui potior. in pignor. habeant. & in l. quidam cúm filium §. final. ff. de verbor. obligat. vbi notant Bart. & reliqui post eum. Tusch. d. conclus. 600. num. 1. & 25. Quam communem sententiam declarat, & intelligit Petr. Stella in l. qui Romæ. §. Augerius, num. 41. & duobus sequentib. ff. de verbor. obligat. in conditione potestatiua, cuius implementum pendet à voluntate vtriusque contrahentis, vt cùm stipulor à te centum, si ego illa mutuauero tibi, quo casu creditor mutuare non compellitur, nec debitor pecuniam mutuam recipere; atque ita in isto casu, conditionis implementũ pendet ab vtriusque contrahentis potestate, & non retrotrahitur, secundùm cõmunem

Quam

Quam etiam accipit Stella, cùm cōditio potestatiua pendet à voluntate debitoris, vt in casu d.l.1. in fin. & d.l. potior, in princip. cùm verò potestatiua conditio eiusmodi est, quæ pendet á voluntate creditoris, ita vt inuito debitore impleri posit, vt euenit in stipulatione illa, *Promittis mihi centum, si ascendero capitolium*, conditionis euentus retrotrahitur ad tempus contractus, secundùm eum; qui, pro hoc tex. esse ineuitabilem, scripsit, in d.l. qui balneum, versicul. Ampliùs; per quem idem obiter probauit Couar. pract. quæst. c.39. num.2. versicul. Tertiò; secundùm quos communis sententia, ac limitatio ad regul. d.l. si filiusfam. in casu isto sublimitatur, nempe, cùm conditio potestatiua, talis est, quæ à solius creditoris potestate pendet, vt tunc illius implementū trahatur retro iuxta regulam d. l. si filius. Quod expresse probauit Paul. de Castr. in l. quidam cùm filium. §. final. eod. titul. de verbor. obligat. cū gloss. magn. in clem. 1. de concess. præbend. quam notabilem vocat, & de illa dicit, quód meliús declarat leges loquentes de hac materia, quàm aliqua alia de iure ciuili.

7. Ego quidem, quod ad prædictam communis sententiæ declarationem, seu sublimitationem attinet, in primis aduerto, illam à mente Bart. & communis alienam prorsus esse; dum enim Doctor. communiter tradunt, potestatiuæ conditionis euentum, ad tempus contractus retro trahi, non magis intelligunt de illa quæ á solius debitoris, aut vtriusque contrahentis potestate pendet, quàm de illa, quæ solius creditoris voluntate consistit; imó, si verum amamus, cùm potestatiuam conditionem dicimus, hanc propriè intelligimus, vt sup. notauimus cùm de transmisione illius ageremus; & de ista sensisse videtur Bart. in d. l. si is qui pro emptore, nu. 46. in ratione quam asignat, vt conditio potestatiua non trahatur retro, quam, scripsit, esse, quia deficit æquitas, cùm in potestate sua fuerit, ante implere; quam rationem repetit ibi Ias. num. 311. & in d.l. si filius, & in d. l. quidam cùm filium. §. final. quæ ratio nulli magis conditioni congruit, quàm illi quæ à solius creditoris potestate pendet, ad quem aliâs commodum retrotractionis pertineret; quo meritò ac pro culpa sua carere debet: siquidem nulla suggerit æquitas, vt per fictionem quis adipiscatur, quod per veritatem habere neglexit.

Deinde, ratio, quam sup. asignauimus ad regul. d.l. si filius, deducta ex contrahentium mente, hìc cessat, vbi is, cui ex potestatiuę conditionis implemento quærenda erat actio, eam ante implere non voluit, cùm liberè posset. Vnde, non tantùm æquitatis illa ratio á Bart. considerata, sed & voluntatis coniectura cessat in casu isto ad inducendam retrotractionem conditionis. Quæ ratio æquè cessat, cùm conditio â solius debitoris, vel ab vtriusque contrahentis potestate pendet; qui enim in potestate sua ponunt contractus conditionem, cuius differunt implementum, ab initio sic conuenisse videntur, vt non vellent, contractum citiùs effectum sortiri verè, aut fictè, quám cùm conditio impleretur. Quarè in his omnibus casibus Bart. & communem sententiam ad regul. d.l. si filiusfamil. cum concordant. æquè amplector.

8. Nec obstat tex. in d.l. qui balneum, versic. Ampliùs. ff. qui potior. in pignor. habeant. vbi regulam præmittit African. pro retrotractione contractus conditionalis, à qua eam

demum conditionem excipit, quæ inuito debitore impleri non potest; cuiusmodi est illa, *si pecuniam á te accepero, promitto tibi*, vt gloss. ibi exemplificat, de qua in l. 1. in fin. & in l. potior. 1. respons. eod. titul. atque ita, conditio illa, quæ à solius creditoris potestate pendet, ita vt inuito debitore implere eam posit, cuiusmodi est illa, *si capitolium ascenderis promitto*, sub præmissa regula manet apud Iurisc. ibi. Ex quo, tex. illum pro hac sententia in casu isto, ineuitabilem esse, scripsit Stell. d. l. qui Romæ. §. Augerius, num. 42. Cæterùm, licèt negari non posit, quòd vrgeat tex. ille prò opinione ista, sic ponderatus; in contrariam tamen præponderant rationes sup. allatæ: quibus inhærendo, respondendum erit ad tex. in illò quidem Africanum Iurisconsult. regulam proposuisse de retrotractione conditionis in cōtractibus, àb eaquè excepisse casum, quo conditio inuitò debitore impleri nequit, vt tunc non retrotrahatur, iuxta tex. ibi, *Si modò non ea conditio sit, quæ inuito debitore impleri non posit*: sunt verò, præter hanc, exceptiones aliæ, seu fallentiæ eiusdē regulæ, quas ibi tacuit Iurisconf. quia omnes percurrere, non illi cura fuit, sed illam solùmmodò edicere, quæ ad quæstionem quàm ibi deciderat, pertinere, videbatur.

Nec verò ex verbis illius, argumentum á contrario sensu generaliter adeò est sumendum, vt per illud contendatur, conditiones omnes, quæ debitore inuito impleri possunt, sub regula manere, sed satis erit, id in casualibus, & mixtis accipere, quæ debitore inuito impleri possunt, vt putá, *si nauis ex Asia venerit*, *si vxorem duxero*; & non in potestatiuis etiam quæ debitore inuito impleri possunt; in quibus retrotractionis faciendæ ratio, & æquitas deficit, & his deficientibus illam fieri, absurdum esset, quo dato, argumentum á contrario sensu iure negatur, iuxta notat. in l. cōuenticulam. C. de episcop. & cleric. Alioqui, etiam conditionem illam, *si emancipatus fuero*, sub regula esse, fateri cogeremur, quia & hæc debitore inuito impleri potest; cuius tamen contrarium probat tex. dummodò fraus, & dolus absit, & ibi gloss. final. in l. final. ff. de stipulat. seruor. per quam, & per l. quidam cùm filium. ff. de hæred. instituend. regulam d. l. si filius, limitant ibi Bart. & alij, vt procedat in conditione extrinseca, non verò in illa, *si emancipatus fuero*, quàm vocant intrinsecam, dummodò in fraudem patris non adijciatur. Quæ tamen vera, & communis fallentia ad regulam prædictam sustineri nō posset, si argumentum à contrario sensu, quod African. verba præstant in d. versic. Ampliùs, generaliter acciperetur ad probandam retrotractionem conditionum omnium, quæ inuito debitore possunt impleri.

9. Sunt & aliæ eiusdem regulæ limitationes, inter quas frequentissima est, quæ pertinet ad extremi habilitatem; si enim tempore existentis conditionis non reperiatur extremū habile ad contrahendam obligationem, vel ex parte personæ, vel rei in contractum deductæ, retrotractioni locus nō erit, vt tradunt Angel. Imol. Cuman. & Ias. num. 2. in d. l. si filiusfamil. sic limitantes tex. ibi, per l. quoties in 2. & vltim. respons. ff. de nouat. vbi Bart. in fin. hoc notat, & perpetuò mente tenendum monet, & in l. postquám hæres, in princip. ff. vt legator. seu fideicōmissor. nom. caueat. Et hoc generale est in fictione qualibet translatiua; de quo latè Bart. communiter receptus, in d. l. si is qui

pro

pro emptore, ex num.3.cum sequent. & num.52.

Conuenientiæ octauæ

SVMMARIA.

1. IN loco contractus sortitur quis forum cùm inuenitur in illo.
2. Ratione delicti sortitur quis forum in loco delicti; &, si in illo non inuenitur, fit remissio; & traditur differentiæ ratio quoad hoc inter contractus, & delicta.
3. Si debitor non reperitur in loco contractus, vt conueniri ibi possit, potest fieri missio in possessionem bonorum quæ in illo habet, ex primo decreto; &, si bona ibi non habet; & latitet, decernenda est missio in possessionem bonorum quæ alibi habet.
4. Bart. sensus in l. hæres absens. § si quis tutelam. ff. de iud. declaratur, & contrà eum probatur cùm Hostiens. & alijs, debitorem in loco alio latitantem, non debere remitti ad locum contractus, etsi in illo bona non habeat.
Intelligitur tex. in Auth. de exhibend. & introducend. reis in §. si verò etiam quidam, & in §. suscepto, collat. 5. ibi in versicul. Cui nõ obstat.
5. Quando debitor cum iuramento promisit se sistere in iudicio in loco contractus, remittendus est ad eum, si ibi non inueniatur. Item, si se sistere promisit absque iuramento, ibi in versic. Quinimò.
Si quis iurauit seruare contractum, & in loco illius non inueniatur, conueniri in eo inuitus non potest. d. nu. 5. versic. Aut denique.
6. Debitor qui proprio foro in contractu renuntiauit, ad locum illius remittendus est vt ibi conueniatur, quamuis in illo non sit inuentus.
7. & 8. Pro reddenda ratione administrationis susceptæ conueniendus est administrator in loco in quo illam exercuit, & remittendus est ad eum si ibi non inueniatur.
9. Apud nos, pro contractu in curia celebrato conueniri potest ibi debitor, & si in loco curiæ non inueniatur.
Mercator aduena non sortitur forum ratione contractus in loco illius, limitatur secundùm Angel. in contractu ab aduena Romæ celebrato, ibi.
10. Ord. lib. 3. titul. 3. in princip. ampliatur in causis alijs similibus vltra ibi expressas.
11. Locus contractus vt in illo contrahens sortiatur forum, is intelligitur, in quem solutio destinata est; & non in quo contractus verè celebratus est.
12. Arbitraria actione in loco alio conueniri potest debitor qui ad locum solutioni destinatum non venit, idoneo tempore transacto.
13. Contra gloss. & communem probatur opinio Bart. secundùm quam, arbitraria actione conueniri potest debitor quocunque in loco etiam si in illo aliàs nulla ex causa forum sortiatur; & declaratur procedere, dummodò in locum illum debitor casu aliquo non venerit confestim inde recessurus.
14. Respondetur ad tex. in l. hæres absens §. final. ff. de indic. & traditur, speciale esse in foro domicilij causa competente, vt in loco illius possit debitor conueniri etsi in eo non inueniatur.

8. contractuum cõuenientia.

De foro in loco contractus.

1. OCtauô principaliter, commune est omnibus contractibus, quód ratione illo-

 rum,

rum, contrahentes sortiantur forum in loco, in quo celebrantur, iuxta l. hæres absens.§. si quis tutelam, cum §.sequentib.ff.de iud.vbi Paul.tex. ibi d §.si quis tutelam,singularem vocat, & ait, quód non est alius melior in iure in materia ista; de iure canonico ad idem est tex.in c.Romana.§.contrahentes, de for. competent. libr.6. vbi est casus pro communi sententia, quæ hoc probat,cùm debitor in loco contractus inuenitur,vt tenet Bart.in d.§.si quis tutelam, num.1. Bald. Angel. & alij, vbi communem dicit Sebastian.Sapia, nu.3. cõmunem etiam dicit,& sequitur Marian.Socin. in c. dilecti,circà tertium articul. num.38. de for.compet. Couar.pract.c.10.nu. 3.Gail.practicar.obseruat.lib 2.obseruat. 36. num. 14. Gutierr. de iuram. confirm.3.part.c.16.num.1.Barbos.d. l.hæres absens.§ 1.num.11.ff.de iudic. Ad quam receptissimam conclusionem varias limitationes assignant Marian.d.articul.3.& Scribent. in l.1. ff.si quis in ius vocat. non ierit,& in d.§.si quis tutelam, vbi octo commemorat Iacobin. de sancto Georg. nu. 8.& 9. Bernard. Diaz de lugo de reg. iur. reg. 642. per tot. Auiles cap.27. prætor. in gloss. entreguen, num.16. cum sequentib. Couarr.d.cap.10. ex num.3.

2. In criminalibus autem, conueniendus est delinquens in loco commissi delicti; &, si ibi non inueniatur,remittendus est ad eum, vt tenent gloss.magna in d §. si quis tutelam,& omnes, per tex.in Authent.vt nulli iudic §.si verò quis comprehensorum, collat. 9. quod intelligitur in prouincijs,& ciuitatibus eidem principi subiectis, vt tunc de vna ad alteram fiat remissio delinquentis, & aliàs non,vt explicat Paul. d.§.si quis tutelam, nu.10.in princ. prosequitur Barbos.d.l.hæres absens §.proinde,in articul.de foro delicti,ex num.131. Ex quo pro Ioan.& Azon. in contractibus idem tenentibus argumentatur gloss.in d.§ si quis tutelam, quia delicta, & contractus, quoad ius fori æquiparantur; cui argumento,omissa solutione illius, respondet Bart. ibi, num.2. quòd æquiparatio ista procedit in his in quibus est eadem ratio, sed in remissione non est eadem ratio in contractibus,quæ in delictis; & tamen Bart. non dicit, in quo ratio differentiæ inter hæc consistat;quam ego, in eo stare, puto, quòd non ita benignè cum delinquente agi debuit, vt non aliás in loco delicti accusari de eo posset,quàm si in illo inueniretur, præsertim, quia, vt debitas delicto suo pænas euitaret, rarò, aut nunquàm ad locum delicti rediret,& sic delicta manerent impunita, in quorum punitione publica vertitur vtilitas. Quæ omnia in contractibus, & quasi contractibus cessant, in quibus communis opinio est retinenda, per tex. in d.c.Romana.§.contrahentes.

3. Secundùm quem, etsi in loco contractus non possit quis conueniri, nisi in illo reperiatur, poterit tamen fieri missio in possessionem bonorũ quæ ibi habet,ex primo decreto, &,si bona non habeat debitor in loco cõtractus,& latitet,decernenda est missio in possessionem bonorum quæ alibi habet; & ita probat tex. in d.§. contrahentes,tradunt Doctor.in d.§. si quis tutelam, vbi Sapia nu.7. communem dicit, & Barbos. ibi num.16. Couar.d.c.10. nu.4. versic Secundò, & respondent, quòd ad missionem hanc ex primo decreto faciendam non requiritur partis contumacia,idcircò, etsi contumacia non cadat in eum, qui, comparere non tenetur, missio

misſio tamen hæc aduersùs illum decerni poteſt.

4. Cæterùm, non eſt ſecurum quod ſentit Bart. d. §. ſi quis tutelam, verſicul Vt tamen opinio, quòd eſt locus remiſsioni ad locum cōtractus, quando pars turpiter ſe occultat, ſecundùm opinionem Ioan. ab eo relatam, quæ etiam fuit opinio Azon. quem retulit Hoſtienſ. in ſumm. tit. de for. competent. §. Quibus ex cauſis, verſic. Sed etſi certo loco promiſerit, vbi diuerſum ſentit cum præceptore ſuo, quem, dominum ſuum vocat; & vtrumque, Ioan. nempe, & Azon. retulit gloſſ. magna in d. § ſi quis tutelam, vbi Angel. num. 3. tenet expreſsè contra Bart. & licèt Iacobin. de ſāct Georg ibi n 8 fallent 1. dicat, quód non eſt tutum recedere á Bart. opinione, ibid tamen nu. 10. fatetur, difficile fore, in practica obtinere ſecundùm illam. Sed, quod magis miror, vterque, Angel. ſcilicet, & Iacobin. Bart. refert, & intelligit, quaſi opinionem hanc tenentem duobus ſimul concurrentibus, ſcilicet, quòd debitor in alio loco latitet, & quód in loco contractus, bona non poſsideat; quod vltimum Bart. non requirit ſecundùm lecturam libri mei, vbi hæc ſunt verba, *Vt tamen opinionem Ioan. intelligas, ſcias, quòd ipſe dicit, quòd eſt locus remiſsioni in duobus caſibus. Primo, quando latitat, hoc eſt, turpiter ſe occultat, ſiue habeat bona, ſiue non; quod videtur probari in Auth de exhibend. & introducen. reis. §. ſuſcepto.* Hactenus ille, qui in hoc primo caſu cum Ioan. ſentit, ſiue, qui latitat, habeat bona, ſiue non habeat in loco contractus, &, vt remiſsioni locus ſit ad locum contractus, ſolùm turpem debitoris latitationem in loco alio requirit; & ſic illum refert & ſequitur Bernard. d. regul. 642. fallent. 7. & 8, vbi Bart. mentem hanc fuiſſe, aduertit contra Marian. Socin. ab eo ibi relatum. Alterum deinde caſum remiſsionis ſubiungit Bart ſecundùm Ioan. in quo ab illo diſſentit; qui caſus eſt de illo qui non latitat, ſed in loco cōtractus bona non habet Per quæ apparet, Bart. duos poſuiſſe caſus, & in primo, non requirere, quòd debitor bona nō habeat, vt remiſsioni locus ſit, ſecundùm Ioan.

Ego veró, & in iſto, in quo Bart. illi aſſentit, & quanuis, qui latitat in loco alio, non haberet bona in loco contractus, prout eum Angel. accepit, cum illo, & Hoſtienſ. vbi ſup & Ioan. Andr. in d. c. Romana §. contrahentes, quem Angel. & Iacobin. referunt, contrarium ſequor; quod etiam tenuit Fulgoſ. d. § ſi quis tutelam, nu. 3 in fin. Barboſ. ibi num 33. cum ſequentib & num. 118. per tex. in d. §. contrahentes, à cuius determinatione, inquit Fulgoſ. nobis non licet, recedere. Quem tex. in hanc ſententiam expendit Barboſ. num. 34. & d. num. 118.

Cui non obſtat d. §. ſuſcepto, quī Bart mouit, cui, vt ad Bart. opinionē quoquo modo pertineat, annecti debet. §. ſi verò etiam quidam iuient, quaſì ſub illo comprehenſus, vt verſiculus eiuſdem, vt aduertit Fulgoſ. d. §. ſi quis tutelam, num 3. Et non obſtat, quia loquitur in illo, qui promiſit cū iuramento, ſe ſiſtere iudicio & poſtea aufugit ab illo, ideò remitti, & inuitus trahi debet ad locum iudicij cui ſtare promiſit, iuxta tex. ibi Quem, & ſi loquatur in promiſſione cum iuramento facta; id eſt, in cautione iuratoria de iudicio ſiſti, etiam in promiſsione ſimplici gloſſ. ibi intelligit verb. iurent, in fin. & ſequitur Paul. d. §. ſi quis tutelam, num. 8. ad fin. & cum alijs ab eo relatis Bernard. dict. regul. 642. fallent.

fallent. 3. Et nec tunc præcedenti sententiæ obstat; quia, qui aufugit à iudicio, cui stare promisit, ne iudicium perfidia illius elusorium reddatur, & iudicis authoritas contempta sit, ad illud remitti, & inuitus trahi debet; quæ ratio cessat in illo qui contraxit in loco aliquo, à quo postea recessit, etsi alibi latitet, & ad locum contractus venire, non curet; etenim iure suo vtitur, secundùm quod in loco contractus conueniri inuitus non potest, nisi inueniatur in eo, iuxta d. §. contrahentes, cum communi sententia.

5 Angel. veró in d. §. si quis tutelam, num. 3. communem prædictam limitat, vt non procedat, quandoquis, in iudicio se sistere, iurasset, deinde aufugeret á loco illius, vt tunc ratione periurij ad eundem remitti debeat; quam limitationem, vt à se proditam tradit, per tex. in d. §. si verò etiam quidam, in Auth. de exhibend. & introduc. reis collat. 5. quem tex. Fulgos. singularem vocat d. §. si quis tutelam, num. 3. limitationem hanc Bart. ibid. ascribens, cum pace Angel. vt ille inquit; & tamen ego cũ pace Fulgos. dico, quòd Bart. casum hunc non posuit, in quo quis iurauit, sed casum in quo turpiter latitauit, quod absque periurio fieri potuit; quia verò ille pro casu turpiter latitantis, ad Ioan. sententiam quam sequutus est, citauit tex in d. §. suscepto, citare volens, in d. § si verò etiam quidam, qui loquitur in illo qui iurauit, & postea aufugit, limitationem hanc Fulgos. illi ascribit.

Illa veró, siue á Bart. siue ab Angel. prodita sit, explicatione eget; aut enim intelligitur in eo qui iurauit se sistere in iudicio, postquàm lis est inchoata, seu præparatoria illius coram iudice aguntur, & tunc verè procedit; cùm, & si sinè iuramento sic promisisset, idem obtineret, secundùm gloss. in d. §. si verò etiam, verb. iurent, in fin. & Paul. d. §. si quis tutelam, nu. 8. ad fin. Aut intelligitur in illo, qui tempore contractus iurauit, se sistere in iudicio in loco contractus, quo casu videtur Angel. loqui, quem sic accipit Iacobin. de Sanct. Georg. ibid. num. 8. versicul. Secundò fallit, & tunc quoque illius sententia vera est, & cõmunis secundùm Couar. pract. c. decim. nu. 6. quanuis eam non probet tex. in d. §. si verò etiam quidam, quia loquitur de eo qui iurauit lite iam inchoata, etsi non dum contestata, vt illum intellexit Castrens. d. nu. 8. cæterum, quia periurij ratio, cuius meminit Angel. in prædictam sententiam, etiam in casu isto locum sibi vendicat, in illo etiam recipienda illa erit.

Quinimô, etiam si quis sinè iuramento se certo loco sisti, promisisset, quòd ad illum remitti debeat, tenet Bald. in d. §. si quis tutelam, & in l. cùm Archimedoram, col. 2. versicul. Vnde dico, C. vt in possess. legator. vbi inquit, quòd, sic notatum inuenit, per antiquissimos Doctor. in l. 1. ff. si quis in ius vocat. non ier. qui multis ætatibus Accursium præcesserunt. Quam opinionem lex nostra Regia recepit, cùm pars in publico instrumento, vel quod publici vim habeat, coram certo aliquo iudice pro debito respondere promisit, Ord. lib. 3. titul. 6. §. 2. & titul. 11. §. 1. Quod tam ad commune, quàm Regium ius, latiùs infra explicabimus, vbi de clausula renuntiationis fori agemus.

Aut, denique, superior limitatio intelligitur in casu, quo quis iurauit, seruare contractum; & tunc conueniri non poterit inuitus in loco contractus, si non inueniatur in illo, nec remissioni

remissioni locus erit in casu isto; & ita tradit Couar. d. c.10.num.6. quia iuramentum de seruando contractu extendi non debet ad id quod non venit in contractu secundùm naturam illius, & de quo in illo actum nō fuit; porrò, inter contrahentes actum non proponitur, vt in loco cōtractus debitor conueniretur, prout intelligitur actum, quando ille, in loco cōtractus se sistere in iudicio, iurauit; nec secundùm contractus naturam venit in illo, vt pro illo debitor conueniri possit in loco in quo celebratus est, nisi si ibi inueniatur, iuxta d. c. Romana. §. contrahentes, de for. compet. lib. 6. cum communi sententia de qua sup. Atque ita, iuramentū in casu isto, quo pro implemento cōtractus simpliciter interponitur, quo ad forum nihil operatur.

6. Secundò principaliter limitatur d. §. contrahentes, & communis opinio, vt non procedat, quando debitor in contractu, proprio foro renuntiauit; tunc enim, & si non inueniatur in loco contractus, conueniri ibi poterit, secundùm Bart. in d. l. hæres absens. § Si quis tutelam, colum. 1. versicul. Quod est verum, per gloss. in l. 1. ff. si quis in ius vocat. non ier. vbi in verb. pro non dato, versicul. Tu potes, hoc expressè tenuit. Quam glossam, etsi reprobet Angel. ibi n. 3. singularem vocans, & in d. §. si quis tutelam, num. 4. vtrobique tamen sequuntur eam Bart. Bald. & communiter Scribentes, idem Bald. in d. l. cùm Archimedoram, col. 2. versic. Quæro de fideiussoribus; qui glossam illam, singularem vocant, & valde commēdant, communem dicit, & sequitur Alex, in d l. 1. num. 6. & 7. Bernard. d. regula 642. fallent. 1. Sapia d. §. si quis tutelam num. 4. vbi latè Barbos. ex num. 43. sequitur Abb. in c. 1. col. 12. num. 22. de iud. vbi limitationem hanc, singularem vocat, ac perpetuó notandam monet, ad d. §. contrahentes, & ait, quòd communiter non solet assignari à Canonistis; è quibus Marian. Socin. in c. dilecti, circà artic. tert. num. 39. de for. compet. eiusdem gloss. meminit, & singularem dicit, etsi contra eam, sub dubio tamen, cū Angel. sentiat; denique, communem dicunt, & commendant alij quos refert, & sequitur Gutierr. de iurament. confirmat. 3. part. c. 16. num. 4.

7. Tertiò principaliter communis opinio limitatur, vt non procedat in casu reddendæ rationis de administratione suscepta, tunc enim in loco illius erit debitor conueniendus, & si ibi non inueniatur, & remittendus erit, secundùm Paul. d. §. si quis tutelam, num. 8. & Iacobin. de sanct. Georg. ibi, num. etiam 8. per tex. in l. 1. & 2. C. vbi de ratiocin. agi oport: sequitur Marian. d. c. dilecti, articul. 3. nu. 40 de for. compet Gregor. Lop. in l. 32. titul. 2. part. 3 gloss. final. in fin. Bernard. d. regul. 642. fallent 9. Auiles d. c. 27. prætor. verb. entreguem, num. 22. Munnoz de Escobar tract. de ratiocin. administrat. c. 7. num. 2. vbi de materia latè per eum, & rationem ibi assignat, ex d. l. 2. C. vbi de ratiocin. quia meliùs probationes, & instrumenta rationum inueniri poterunt in loco in quo administratio gesta est; & ait Paul. d. num. 8. quòd malè administrationis ratio reddi potest, nisi in loco administrationis, idcircò ad illum remittendus est administrator. Quod apud nos lege R gia expressè comprobatum extat in Ord. lib. 3. titul. 11. §. 3. & ab omnibus receptum tradit Couar. d. c. 10. ante num. 5. versicul. Quartò.

8. Iuxta quæ intelligendus est tex. in d. l. hæres absens. §. si quis tutelam,

lam, vt administratores tutelarum,& negotiorum aliorum in quibus loquitur,in loco administrationis conueniri posśint, citati ad illum etsi in eo non inueniantur, secundùm secũdam opinionem in gloss. magna ibi relatã, quæ in administratoribus pro reddenda ratione conuentis vera est; quam in illis Ord.nostra d.§.3. recepit,deducta ex. d. §. si quis tutelam. Vnde,communis sententia ibi à Bart. & alijs tradita,in cõtractibus, & quasi contractibus remissionem debitoris abnegans, limitanda est, vt non procedat in exemplis d.§ si quis tutelam, & similibus alijs, iuxta tex. ibi,quæ spectent ad administratores rerum alienarum; siue ex contractu, siue ex quasi cõtractu talem suscepissent administrationem, quanuis Barbos. ibi num.68. cum sequentib. contrarium probet motus per tex.ibi, qui nu.75. pro sententia hac alios refert cum communi ex Fulgos.ibid.nu.1.

9. Quartò principaliter cõmunis opinio limitatur secundùm ius nostrum Regium, vt non procedat in contractu in curia celebrato;pro illo enim debitor, etsi ibi non inueniatur, conueniri in illa poterit, iuxta Ord.lib.3.titul.6 §.4. Quod sic statutum videtur propter curiæ prærogatiuam,quæ communis patria reputatur, vt de Roma dixit Iurisconsul. in l.Roma.ff.ad municipal. Ex quo Angel.in l.1.num.2.ff.si quis in ius vocat. non ier.limitat gloss.2.ibi, secundùm quam,mercator aduena,ratione contractus non sortitur forum in loco illius, per tex. in d.l. hæres absens §. At si quis. ff. de iudic. quod limitat Angel. vt non procedat in contractu ab aduena Romæ celebrato;quia cõmunis patria est; ad quod citat Ioan. Andr.ita tenentem in d.c.Romana §. contrahentes,de for.compet.lib.6.Et sic intelligit tex.in l.2.§.legatis, versicul.Omnes. ff. de iudic. quod tenuit glossa, cuius Angel. non meminit, in d.§. At si quis, verb. quotquot, in fin. vbi eam sequitur Iacobin. de Sanct. Georg.nũm.26.qui §.illum commentatus est sub d.§.si quis tutelam.

10. Sed hoc apud nos latiùs procedit,regulariter enim, omnis, etiam si alienigena sit, qui in curia hac Lusitana reperitur, conueniri potest coram præsidibus illius,etiam pro contractibus alibi gestis,iuxta Ord.d.lib. 3.titul.3 in princ.nisi venerit ex causa aliqua illarum de quibus ibi, vbi certæ nominatim exprimũtur decerptæ ex d.l.2.§.legatis, in quibus reuocandi domum ius datur. Circà quod arbitror,quòd & si ex causa alia venerit illis simili, & in qua eadem sit ratio, idem reuocandi domum ius competat propter rationis identitatem; secundùm quam,ad causas alias similes amplianda lex erit, iuxta ea quæ ad interpretationem alterius legis Regiæ, nempe, Ord. lib.4. titul. 81. §.6. tradidimus in commentar. l.1. C. de sacrosanct.eccles.1.part.§.5.

11. Illud autem iure constitutum extat,quòd appellatione loci contractus,in hac materia,vt in illo contrahens sortiatur forum ibi inuentus, is intelligitur,in quem solutio destinata est.d.l.hæres absens.§.final.l. 3. ff. de bon. authorit. iud. posśidend. l. contraxisse.ff.de obligat. & action. c. dilecti,de for.competent. Quod adeò procedit, vt si contractus in vno loco celebretur, & debitor ex eo, in alio soluere promittat, non sortiatur forũ in loco quo contractus est celebratus, etsi in illo inueniatur, sed solùm in loco solutioni destinato; vt tenuit gloss.verb.eo loco,per tex.ibi in d.l.3. & in d.l.hæres absens.§.final.in gloss. final.quam glossæ sentẽtiam sequitur Barr.

Bart.in d.l.3.& in l.1. in princip.ff.de eo quod cert. loc. & in l.quæro.ff de solution. vbi, de hoc casum ibi esse, dixit; & post eum idem dixit Angel. d.l.hæres absens.§.final.Caccialup.in repet. rubr. ff. de eo quod cert. loc. conclus.5. & sequuntur communiter Doctor. secundùm Paul.in d.l.hæres absens. §. final. & Iacobin. de Sanct. Georg.ibid.& pluribus citatis Barbos. d.l.hæres absens. §. proinde num.57. ff.de iud.& In d. §.final. eiusd. leg ex num. 12. in quo autem ius nostrum Regium deuiet à communi,cùm quis in certo loco soluere promisit, inferiùs trademus,vbi de clausula renuntiationis fori agimus.

12. Quia verò euenire poterat, vt promissor ad locum destinatum solutioni non accederet, sicquè frustrata maneret obligatio de soluendo in illo, actiòne arbitraria prouisum fuit, qua, transacto idoneo tempore conueniri posit debitor alibi, l.1.& per tot.ff.de eo quod cert. loc. qua actione, vtriusque partis, Actoris,scilicet, & Rei interesse venit,l.2. eod.titul.vbi Bart.& Doctor.explicat Caccialup.in rubr.eiusdem titul.conclus.3. 10.& 13. Barbos. d.l.hæres absens.§ final.nu.26. & 27.

13. Sed dubium est, an in casu prædicto conueniri posit debitor in quocunque alio loco? circà quod gloss.final.in dict.l.1.tenet quòd non, sed in loco idoneo, id est,in quo alia ratione forum habeat debitor; idem tenet gloss.in l.eum qui ff.de iudic.& in l.si duo. §.1. ff. de constit. pecun. Quas leg. generaliter loquentes restringit gloss. ad loci idoneitatem secundùm regul. tex. in l.vt gradatim, versicul.Et si lege,ff.de muner.& honorib. Quam gloss.sententiam sequitur, & communem dicit Paul. in d.l. 1. in fin. Caccialup. in dict. rubric. conclus.7. Barbos.dict.l.hæres absens § final.num.23. & ante eos communem etiam fatetur Bart.in dict.l.1.de eo quod cert. loc. versicul. Quæro; vbi tamen ab illa discedit secutus Nicol.Mat.contrariam tenentem,& respondet ad d. l. vt gradatim,versicul. Et si lege.

Quæ quidem Bart. sententia, etsi communis illi aduersetur, mihi non displicet; tum, quia si in casu prædicto non posset conueniri promissor nisi in loco, in quo alia de causa forum sortiretur. inanis esset Iuriscõsulti decisio in dict.l.1. vt Bart. aduertit; tum,quia verba quibus Iurisconsulti in hoc vtuntur, generalia ita sunt, vt sinè violentia communem restrictionem capere non valeant; verba enim illa,*quocunque loco*, de quibus Paul.Iurisconsul.in d.l si duo.§ 1. latissimè patent, nec sinè manifesta violentia restringi possunt ad loca fori alia ratione competentis; pauca sunt enim. Quarè Bartol.sententiam, vt veriorem sequor; declarando tamen secũdùm Iurisconsulti normam, in d l. hæres absens. §. At si quis; ad quam idoneitas loci à gloss.& communi in hoc articulo requisita redigenda erit, ita,vt in quocunque loco promissor inueniatur, conueniri possit, etsi in eo nulla ratione forum aliàs sortiatur, dummodò in illum iter faciens delatus non fuerit, aut casu aliquo venerit confestim inde recessurus. Et in his terminis, non violenter restringuntur verba illa Iurisconsultorum, *quocunque loco*, &, *vbique*, sed de idoneitate loci conuenientem suscipiunt restrictionem, secundùm regul. tex. d.l. vt gradatim, versic.Et si lege.

14. Et non obstat tex. in d.l.hæres absens. §. final. quo in suam, ac communem sententiam motus est

Accurs. & ex eo efficaciter probari, dixit ibi Barbos. d. num. 23. quatenus habet, eum, qui in certo loco soluere promisit, & ibi, & in loco domicilij sui posse conueniri; quo responso probari videtur, non vbique conueniri illum, posse, sed vel in loco in quem destinata est solutio, vel in alio idoneo, in quo, inquam, alia ratione forum sortiatur debitor, prout est domicilij locus; si enim conueniri posset vbique, otiosè Iurisconsult. de domicilij loco, quasi de casu dubio quæreret, & decideret. Sed respondendum est, circà domicilij locũ speciale esse, vt conueniri possit debitor in illo, etsi ibi non inueniatur; quod alijs regulariter non competit, in quibus ratione alia sortitur forum debitor, secũdùm Paul. in d. l. hæres absens. §. si quis tutelam, num. 8. tradunt alij quos refert & sequitur Barbos. d. l. hæres absens. §. final. nu. 37. Tusch. practicar. conclus. iur. tom. 4. conclus. 443. sub liter. E. num. final. Adeò, vt nec in loco propriæ, paternę ve originis, in quo quisque sortitur forum, conueniri possit nisi in illo reperiatur, vt tradit Bart. secutus Iacob. de Aret. in l. assumptio §. 1. col. 2. versicul. Quarto casu ff. ad municipal. receptum asserit Dec. in l. cùm quædam, nu. 5. ff. de iurisd. omn. iud. & alijs citatis tradit Barbos. d. l. hæres absens. §. proinde, sub art. de foro ratione originis, num. 37. & cum Paul. cons. 411. Viso dicto casu, colum. penult. circà medium Tusch. d. conclus. 443. num. final. & cum alijs quos refert, sequitur, & commune dicit Gail. lib. 2. obseruat. 36. num. 11. qui secus tradit in num. sequenti circà forum domicilij; ex quo dicit ibi, potentius ius esse domicilij, quàm originis, ratione fori. Id enim domicilij foro peculiare est, vt, & non inuentus in illo, debitor vocari ad illud possit, & ibi conueniri; cuius specialitatis ratio est, quia nullum illa infertur grauamen ei qui ad locum proprij domicilij vocatur, sicut inferretur, si è proprio ad alienum ire compelleretur. Cùm, itaque, domicilij loco speciale hoc sit, non otiosè tradidit Iurisconsult. in dict. l. hæres absens. §. final. vt & in illo conueniri possit, qui in alio loco soluere promisit; dubitandi enim ratio esse potuit, quia qui in loco certo soluere promisit, conueniri in illo non potest nisi ibi inueniatur; quæ qualitas quia domicilij foro non conuenit, videri potuit, conuentione prædicta exclusum manere; sed Iurisconsulti contrarium deciderunt, respondentes, & in loco domicilij conueniri posse promissorem; quod intelligitur, siue debitor in illo inueniatur, siue non; in quo dubitandi ratio consistẽbat pro loco domicilij. Semper tamen expectandum est tempus, quo ad locum solutioni destinatum perueniri commodè possit.

Conuenientiæ nonæ

SVMMARIA.

1. *Dvo testes regulariter plenam efficiunt probationem; & vnus semiplenam, secundùm communem, contra Coras.*
2. *Testis, vt semiplenè probet, omni exceptione maior esse debet; & quis dicatur maior omni exceptione, traditur, & nu. sequenti.*
3. 4. 5. *An duo testes quorum vnus suspectæ fidei est, plenam inducant probationem.*
6. *In vltimis voluntatibus, & aliquando in actibus inter viuos plures quã duo testes ex causa requiruntur.*

7. *Hu-*

7. *Humana lege effici potest, vt plures testes, quàm duo, ad plenam probationem requirantur, & vt in casu aliquo probatio per testes non fiat, sed per publicum instrumentum, vt apud nos Ord.lib.3.titul.59.*

Partium conuentione effici potest, vt tertij alicuius dicto stetur; lege verò humana effici non potest, vt vnius testimonio plenè credatur, ibid. in fin.

Conuenientia 9. contractuum.

De numero testium.

1. NOnò commune est omnibus contractibus regulariter, vt duobus testibus plenè probentur; quod tam diuino, & naturali iure, quám humano procedit, iuxta illud Deuteronom. c.19. *In ore duorum, aut trium testium stabit omne verbum*, de quo Matth.18. Ioan.8. & repetitur in c.cùm esses, c.relatum.1. extr. de testament. c. in omni negotio, c. licèt vniuersis in fin. de testib. & sæpe alibi, & de iure ciuili probat l.vbi numerus. ff de testib. l.in exercendis, iuncta gloss. ibi C. de fid.instrument. Bart.in l. admonendi num. 36.post glossam ibi ff. de iureiur. vbi Ias.num.178. in repet. Rip.num.135. inde inferentes, & cũ communi probantes, quòd vnus testis facit semiplenam probationem; quia, si duo plenam faciunt, vt inter omnes constat, vnus faciet semiplenam: quo itẽ argumento etiam in criminalibus cõmunem probat Farinac. in praxi criminal.quæst.36. num.230. & generaliter quòd vnus testis semiplenè probet, pluribus ad hoc citatis qui commune dicunt, tradit idem Author quæst.63.cap.1.num 52. Mascard. de probat.vol.1.quæst.4. num.penult. & prosequitur quæst.11. vbi num.2. ita receptum communiter esse, refert ex Curt d.l.admonendi, nu.187. Quod non placuit Ioan.Coras. in repet.d.l. admonendi 3.part.num.31.& sequenti, tentanti, vnum testem semiplenam probationem non inducere, tametsi duo plenam efficiant, tam, quia semiplena probatio in iure scripta non reperitur, sed ab Interpretibus nostris, inquit, confictum hoc esse, vt & alia pleraquè, quám & principaliter, quia probatio, quæ ex dictis testium resultat, indiuisibilis est; est enim de forma probationis per viuam vocem, plurium testium, saltem duorum numerus; vnde sublata numeri parte deficit actus in totum; quæ enim certam formam ex numero habent, indiuidua sunt. l.peculium. §. quadrigæ ff.de leg.2.l.si vnus, C.de testam. Quibus fundamentis contra gloss. & communem idem tentauit Bald. cuius nõ meminit Coras in d. l. admonendi, col.3. versic. Modò venio, qui tamen communem sequitur ibid.col.5. versicul. Quoad quartum; & eam secuta est Ord.nostra lib.3.tit.52. in princ.

2. Debet autem secundùm omnes, testis esse omni exceptione maior, id est, cuius fides modo aliquo non vacillet, vt faciat semiplenam probationem, aliàs non facit, ita Bart. in d.l.admonendi, nu.36. vbi exemplificat in teste consanguineo, vel multúm amico; quem sequuntur cõmuniter Scrib. secundùm Ias. ibid. in repet.d.nu.178. prosequitur Rip. ibi aliã non integri testis exempla commemorans n.176. cum sequentib Coras. d.3.part.num.36. cum duob. sequentib. qui hoc limitant post Ias ibi num. 180. vt non procedat in teste notæ & probatæ fidei; tunc enim propter vitæ integritatem, suspicionis causa aliàs in illo concurriente amota,

semiplenā faciet probationem; cùm & talis vitæ sanctitas in vno esse possit, vt & in sua, & suorum causa testis, & iudex esse posit, secundùm Specul. titul. de iudic. delegat. §. Superest, versic. quid, si non est consanguineus, quem refert Coras. d. num. 38. qui hoc iudicis prudentiæ committit, & ex Barbat. in cap. 1. de iudic. tradit Rip. d. l. admonendi, num. 182. & pluribus citatis, de teste affine, consanguineo, & aliàs non idoneo tradit Farinac. de testib. quæst. 54. num. 48. vbi dicit commune, de quo per eundem sæpe alibi in illo tractat. vt constat ex eodem quæst. 62. num. 367.

3. Cùm verò communiter omnes in hoc conueniant, vt non aliás vno teste semiplena probatio regulariter fiat, quàm si ille talis sit, cui nulla macula impingi posit, inferri videtur, vt nec duobus nisi omni suspicione carentibus plena probatio fiat; si enim ex eo, quòd duobus testibus plena probatio resultat, argumentantur gloss. & Doctor. ad semiplenam ex vno inducendam, sequi videtur, quòd, cùm vnus eiusmodi sit, qui per se semiplenam non inducat, cum alio simultaneus plenam non producat; atque ita, quòd, adhoc vt duo testes plenè probent, omni exceptione maiores esse, debeant: quod expresè tradidit Coras. dict. 3. part. l. admonendi num. 2. per l. optimam. C. de contrahend. & committ. stipulat. cum gloss. in §. item verborum, instit. de inutilib. stipulat. verb. idoneos, & gloss. in c. 1. de consanguinit. & affinit.

Quod tamen difficile ex eo redditur, quia á Doctorib. nostris certi ac speciales quidam casus traduntur, in quibus, vt duo testes plenè probent, requiritur, quòd sint omni exceptione maiores, vt euenit in causis criminalibus, & alijs, de quibus Mascard. de probat. conclus. 1361. volum. 3. vbi primó matrimonialis causæ meminit, ad cuius probationem requiruntur testes omni exceptione maiores, iuxta tex. & ibi gloss. verb. maiores, in d. c. 1. de consanguinit. & affinit. quasi hoc in causa matrimoniali speciale sit, vt non aliàs per duos testes legitimè probetur, quám si ij sint omni exceptione maiores, quod, vt matrimonialis causæ priuilegium inter alia adducit Felin. in rubr. de sponsalib. col. 5. versic. Quartò, in causa matrimoniali, de quo latiùs, & pluribus citatis per eundem Mascard. conclus. 1022. num. 4. vol. 2. Couar. de sponsal. 2. part. c. 8. §. 12. nu. 7. & 8. Thom. Sanchez de matrimon. lib. 3. disputat. 41. num. 4. & 9. tom. 1. Et in criminali iudicio communiter id traditur, vt per duorum testimonia perfecta criminis probatio inducatur, dummodò qui testimonium perhibent, omni exceptione maiores sint; vt ad cunctorum criminum probationem, inquiens, quòd ita subintelligunt Doctores, tradidit illustriss. & reuerendissim. Dom. Roderic. à Cunha in lib. de confessar. solicitantib. mulier. quæst. 23. nu. 5. tunc temporis Sanctæ Inquisitionis Vlyssiponensis Deputatus, nunc Episcopali muneri accinctus apud Portugalenses nostros, vbi tanquám in loco eminentiori, pro merito suo, collocato, tria quæ in Viro hoc collucent lumina, quasì super candelabrum posita fusiùs irradiant, nempe, probatissimi vitæ mores, præclara literarum peritia, generosa, & antiquo Cunharum stemmate illustrata nobilitas.

Cùm, itaque, certi ac speciales quidam sint casus, secundùm Doctor. nostros, in quibus requiritur, quòd testes, vt plenè probent sint

sint omni exceptione maiores (dicũtur autem omni exceptione maiores, quibus nulla macula impingi posśit, nec exceptio aliqua opponi, secundùm gloss.d. §. item verborum, verb. idoneos, & gloss.in d. c.1. verb.maiores, vt post alios explicat Coras. dict. 3.part.l. admonendi,nu.2. Couar.d.c. 8.§.12.num.8. Roland.cons.7.nu.13. volum.1. & cons.23. num.3. vol.3. & cons.50. num. 14. vol.4. Mascard. d. conclus.1361.num.6.) regula in contrarium á Doctorib. constitui, ac probari,videtur, scilicet, quòd regulariter testes duo plenè probent, etsi alter ex eis omni exceptione maior non sit, â qua regula illi excipiantur casus, de quibus per Doctor.quorum exceptio firmat regulam in contrarium ad casus non exceptos. l. nam quod liquidæ.§.final.ff.de pen. legat. notat Bart.per tex. ibi in l. quæsitum §.denique.ff.de fund.instruct. Dec.in l.1.ex nu. 21.ff.de reg.iur.

4. Quæ sententia fortiter corroboratur ex communi,& frequentisśima omnium conclusione, secundùm quam,ex semiplena probatione cum propriæ partis iuramento à iudice delato (quod Doctor. communiter, necessarium vocant, Cuiac. verò, iudiciale, in paratitla titul.ff. de iureiur.) plena resultat probatio, vt reus condemnetur: si ergo,testis vnus,quo semiplena probatio fit cùm integer est,iuxta communem de qua sup. & propriæ partis assertio iurata plenam efficiunt probationem ad condemnationem sequendam, negari nequit integra probatio,ac fides duobus testibus,tametsi vnus ex illis aliqua suspicione laboret, cùm maior sit quæ in parte ipsa reperitur, in propriam causam, & commodum proprium iurante. Et quanuis secundùm Bart. num, 52. & communem sententiam in d.l. admonendi, quam secuta est Ord.nostra d.lib.3. titul.52. in princ. prædictum iuramentum deferri non debeat à iudice in causis magnæ quãtitatis (dicitur autem magna,aut parua quantitas inspecta qualitate personarum,vt per Bart.d.l.admonendi, num.54.Ord.d.titul. 52. §.1.) ex quo videtur,vim argumenti prædicti non extendi ad causas magnæ quantitatis;nihilominus, & in illis etiam prædicta sententia obtinebit, quando maior fides debet adhiberi testi quãtumuis suspecto, quám parti in propria ipsius causa pro se iuranti; vnde, si parti creditur pro se iuranti in causis non magnæ quantitatis, cum vno teste, (quod pro absurdo reputabat Azo in l.in bonæ fidei C.de reb.cred. & iureiur. cui respondet Bart. d. l. admonendi, num. 57.) nimirùm, si dicamus,duobus testibus credi debere, licèt vnus ex eis suspicione laboret,etiam in causis,in quibus ad delationem iuramenti recurri non debeat inopia probationum, cùm testi etsi suspecto aliquid amplius condonandum sit,quàm propriæ parti.

5. Tenendum,itaque,est,regulariter duobus testibus integram probationem causari,etsi alteruter ex eis non integræ fidei sit, vt in terminis probat Hippolyt. in l. de minore.§. tormenta, num.8. cum sequentib.ff. de quæstionib. vbi pro hac sententia alios refert, & plura in confirmationem illius adducit, Gom.3.tom.c.12. num.21.versicul.Item adde. Quòd si vterque hoc morbo laboret, secus dicendum,iuxta Bald. d.l.admonendi, col.7.in princip. versic.Quid autem de duobus testibus, vbi loquens in duobus testibus infamibus infamia facti,dicit, quòd faciunt semiplenam probationem, & non plenam, quia infamia fidem attenuat, vt notat in

l. 1. C. de sum. Trinit. & Fid. Cathol. Farinac. qui plures refert cum communi, de testib. quæst. 56. num. 112. Cui ego addo, quòd tanta potest esse vtriusque testis infamia, & suspicio apud bonos, grauesquè viros, vt nec ad semiplenam probationem testimonia illorum ascendant, & vnus integer præualeat ambobus. Sed & prædicta sententia ad plenam probationem ex duobus testibus quorum vnus suspectus est, temperanda ita erit, vt in teste suspecto intelligatur, cuius tamen opinio, & fides nõ adeò vacillet, vt iudicem ad se trahere nullatenus debeat; quod illius arbitrio relinquendum erit, personæ, & causæ qualitate inspecta.

Et retenta hac sentẽtia, ad id quod diximus, de semiplena probatione ex vno teste non inducenda, nisi quando is nullum suspicionis patitur defectũ, iuxta communem sententiam, ex quo videbatur, ad plenam duos requiri omni exceptione maiores, respondendum erit, non eandem esse causam & rationem in vno teste ad semiplenam, quæ in duobus ad plenam probationem causandam; quia si vnus nõ integer faceret semiplenam, eueniret, vt illo cum propriæ partis iuramento, in causis non magnis plena causaretur, & condemnatio sequeretur; quod si non admittimus, quando duo sunt testes, & vterque suspicione laborat, vt cum Bald. prędiximus, multo minus admittere debemus, quando cum propriæ partis assertione pro se iurata, vnus tantùm & ille suspectus cõcurrit. Idcircò, quia principalis semiplenæ probationis effectus est, iuramenti prædicti delatio, secundùm Bald. d. l. admonendi, col. 5, in fin. versicul. sed quis est effectus, meritò communi Doctorum placito traditum extat, vt non aliás vnus testis semiplenam probationem efficiat, quàm si is integræ fidei sit, idquè etiam in causis nõ magnis, in quibus hoc expressè comprobauit Regia lex nostra d. titul. 52. in princip. ibi, *E dizemos que he feita mea proua per hũa testemunha sem suspeita, &c.* Quæ quidem ratio cessat ad plenam probationem ex duorum testimonio causatam quorum vnus suspicione aliqua notatur, quia fides istius ex parte aliqua attenuata, in se separatim sumpta, fide alteriùs cum quo vniformiter concordat, & cui nulla macula impingi potest; quia omni exceptione maior proponitur, coadiuuatur, & redintegratur ad plenam probationem simultaneis amborum testimonijs producendam. Quando verò inhabilitas, seu defectus testis vnius, ex habilitate, & fide alterius suppleatur, tractat Farinac. d. tract. quæst. 62. limit. 14. ex nu. 328.

6. Constat, itaque, (vt ad propositum reuertamur) regulariter contractus duobus testibus plenè probari; in quo ab vltimis voluntatibus secernuntur, quæ maiorem numerum testium exigunt. Nec quidem in hoc diuinum ius offenditur, quo dicitur, quòd in ore duorum, aut trium testiũ stabit omne verbum; nam, quòd in vltimis volũtatibus plures, quàm duo, aut tres testes exigantur, quod & in actibus inter viuos gestis aliquando euenit, ex causa humano iure statutũ extat, qua subsistente, ab illo diuinum interpretationem, & limitationem recipit, vt in propositum tradidimus ex communi omnium sententia in cõmentar. l. 1. C. de sacrosanct. eccles. sub init. 2. part. vbi etiam differentiæ rationem circà hoc, inter contractus, & vltimas voluntates adduximus.

7. Non solùm verò humano iure effici potest, vt plures, quám duo, aut tres testes in actu aliquo requirantur,

rantur, sed vt publicum instrumentū ad illius probationem exigatur, testiū probatione irritata in quocunque illorum numero; cuiusmodi apud nos lex est, Ord.lib.3.titul.59.quæ testium probationem elidit, & irritat in contractibus, & conuentionibus quibuslibet sexaginta millia numorū æreorum in mobilibus, transgredientibus, & quatuor millia in immobilibus. Quam legem valere, constat ex adductis per Hippolyt. pro validitate similis statuti, quod dicit esse Bononiæ, & in pluribus alijs ciuitatibus Italiæ, in rubr. de probationib. num. 32. cum sequentib. vbi aliorū casuum meminit, in quibus lege ciuili cautum reperitur, vt probatio per testes non admittatur, sed per scripturam; & ex Felin. in c.2. num.12. de probat. commune refert Valasc. noster de iur. emphyt. quæst.7. num.12. vbi rationes, quibus lex moueri potuisset ad explodendam testium probationem, adducit, & in numer. sequentib. in illius ornatum latè plura congerit; nouissimè ac latissimè post eum alter Valasc. Thomas nomine, Lusitanus quoque noster allegat.72. ex num 2. tom.1. vbi num.17. de validitate legis agit. Et num.96.& sequenti, tradit ex citatis ab eo, partium conuentione effici posse, vt vnius testis dicto stetur, non tamen constitutione id posse induci, vtrumque ex alijs quos refert, tradit Mascard. vol.1. d.quæst.11. nu. 10.& 12. Quod primum procedit, intelligendo de dicto certi alicuius testis, cui partes se credidissent; & confirmatur ex ijs quæ inferiùs trademus ad clausulam, quòd stetur iuramento partis, vbi de hoc latiùs. Secundùm verò planè procedit, quia lege humana effici non potest, vt vnius testimonio plenè credatur, quando iure diuino contrarium iubetur, vt, nempe, duo saltem, aut tres ad plenam probationem interesse debeant. vt dictū est sup.

Conuenientiæ decimæ.

SVMMARIA.

1. *Contractus de re turpi, aut in turpem causam fieri nō possunt, & facti non valent; & tres præponuntur species turpis contractus.*

2. *Quid sit plagium, declaratur, & gloss. intellectus ad .l. si plagij ff. de verbor.obligat. cum Bart. & communi probatur; secundùm quem non valet remuneratoria promissio pro delicto præterito.*

3. *In quæstione, an meretrix promissum sibi coitus causa repetere possit, communes inuicem contraria referuntur.*

4. *Communis sententia refertur, probans, posse meretricem, etiam in foro animæ, promissum coitus causa petere, & retinere; & Ioan.Gutierr. limitatio refellitur.*

5. *Probatur sententia gloss. tenentis, non posse meretricem petere promissum sibi coitus causa, nec de hoc stipulationem valere. Et intelligitur tex. in l. 4. versicul. Sed quod meretrici. ff. de condict. ob turp. caus.*

6. *Stipulatio, ne maleficium fiat, mero iure valet, exceptione verò eliditur; stipulatio verò, vt maleficium fiat, ipso iure non valet. Et differentia ratio inter vtramque assignatur.*

7. *Alia notatur differentia inter prædictas stipulationes; & intelligitur tex. in l penult ff. de condict. ob turp. caus.*

Con-

Conuenientia 10. contractuum.

De contractu turpi, seu in causam turpem celebrato.

1. NOnò, & principaliter cõtractus omnes in hoc conueniunt, quód de re turpi, vel in turpem causam fieri non possunt, & facti, non tenent. Non enim quæ naturale, aut ciuile ius inuenit, & induxit pro necessario humanæ societatis vsu, & commodo, in euersionem, & detrimentum illius, prauorum hominum abusibus conuerti debuerant; quod quàm foret alienũ ab omni iuris ratione, & æquitate, nemo est qui non videat. Vnde, summa cum ratione definitum est, rei turpis contractum non subsistere; & turpes stipulationes, nullius esse momenti, regula iuris est, quam ponit Vlpian. in l. generaliter 26. ff. de verbor. obligat. vbi de materia hac Bart. & Scribent. & in l. si plagij 123. eod. titul. quæ regula in contractibus omnibus accipienda æquè est; quam in societate, & alijs specialiter probant l. si remunerandi §. rei turpis. ff. mandat. l. quod autem. l. nec prætermittendum. ff. pro soc. l. quod sæpe. §. veneni. ff. de contrahend. empt. l. si â reo §. final. ff. de fideiussorib. cum alijs.

Vt verò materia ista, quæ lata est, faciliùs, & compendiosè percipiatur, tres in ea constituendæ sunt species, quarum Doctor. in illa cõminiscuntur. Prima est, quando res turpis, aut turpe aliquod factum, in contractu, seu stipulatione venit; secunda, quando quod promittitur, turpe non est, sed causa, ob quam promittitur, turpis est: tertia & vltima, quando nec promissum, nec causa, ob quam promittitur, turpitudinem continet, sed euitandæ turpitudinis causa promittitur, veluti, cùm alicui promittitur, vt á maleficio abstineat, & faciat id, quod gratis facere tenebatur. De prima specie loquitur tex. in d. l. generaliter, cum leg. sequenti, vbi turpis stipulationis exemplũ ponitur, cùm promittitur, homicidium fieri, aut sacrilegium, quod turpe est; in qua specie, inter omnes constat, stipulationem nullius esse momenti, iuxta tex. ibi.

2. Secundæ speciei duo sunt membra, vnum, quod ad faciendam turpitudinem prouocat, alterũ, quod factam remunerat: & in vtróque respondit Papinian. in d. l si plagij 123. stipulationem ab initio non valere; ait enim, *Si plagij faciendi, vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.* Est autem plagium, crimen contra legem Fabiam de plagiarijs commissum, quod describitur in l. 1. & l. penult. §. final. ff illo titul. ad leg. Fab. de plagiar. videlicet, cùm quis hominem liberum, inuitum retinet, aut sciens dolo malo vendit, emit ve, aut alienũ seruum inuito domino celat, illi ve persuadet, vt à domino fugiat, aut dolo malo sciens emerit; quiquè in ea re socius fuerit, eiusdem criminis reus erit. Contrahitur, itaque, faciendi plagij stipulatio, cùm alter alteri aliquid promittit, vt hominem liberum, vel, si hominem liberum, vinctũ habeat, alienum ve seruum inscio domino celet, aut fugam illi persuadeat: quæ ab initio nullius momenti est, vt in d. l. si plagij, vbi Accurs. in hoc casu facilem reputat decisionem tex. ibi, cùm quo omnes transeunt, & magis dubitabilem ait, in stipulatione plagij facti, cuius, secundùm eum, exemplum est, *Promitto tibi centum, quia fecisti plagium*; & dubitandi ratio est, quia

quia in ſtipulatione iſta non inuitatur ſtipulator ad turpe aliquod faciẽdum, nec, quod promittitur, turpe eſt; prætereà, ſicut dolus præteritus remitti poteſt, quanuis futurus nequeat. l. ſi vnus. §. illud. ff. de pact. ita, quanuis futuri plagij cauſa ſtipulatio non valeat, præteriti cauſa facta valere, videbatur; quod Petr. & Vltramontani exiſtimauerunt, & eos ſecutus Cyn. in rubr. C. de condict. ob turp. cauſ. d. l. ſi plagij, in ſecundo membro exemplificantes ſecundùm terminos. l. final. ff. de cõdict. ob turp. cauſ. videlicet, *Promitto tibi centum, ſi reddideris mihi filium meum, aut ſeruum, quem plagio abſtuliſti.* Quod quidem Petri, & Vltramontan. exemplum, & ſi Bart. in d. l. ſi plagij, verum in ſe ſentiat, de quo ſtatim agemus, non tamen probat ad tex. ibi; quia in illo promiſsio non fit quia plagium factũ eſt, ſed potiùs vt filius, aut ſeruus, plagio abductus reſtituatur; quod pertinet ad tertiam ſpeciem principalem turpis ſtipulationis.

Omiſſo igitur Petri, & Vltramon. exemplo, & intellectu ad d. l. ſi plagij, prædictum gloſſ. exemplum, & intellectum ſequuntur Bart. Paul. Alex. & omnes, ſecundùm Iaſ. ibi col. final. Ex quo Paul. ibi tex. illum ſingularem vocat, & commendat, & alij poſt eum, ad hoc, vt promiſsio remuneratoria pro præterito maleficio non valeat, ſicut non valeret pro futuro maleficio facta. Quod ampliat, vt procedat etiam ſi talis promiſsio à teſtatore fieret, aut à ſtatuto; debet enim lex, eſſe honeſta, c. erit autem lex. 4. diſtinct. l. 2. & ibi gloſſ. ff. de legib. Et non obſtat ſuperior ratio, ſufficit enim, promittendi cauſam, turpem eſſe, quanuis de præterito ſit, vt promiſsio non valeat, iuxta gloſſ. in d. l. ſi plagij, per tex. ibi, & in rubr. C. de condict. ob turp. cauſ. quam ſequuntur Doctor. communiter; & addunt, & bene quidem, quòd remuneratione pro delicto præterito inuitatur delinquens ad iterum delinquendum; ſi enim impunitas delicti hoc facit, multó magis remuneratio illius, vt in d. l. ſi plagij tradunt Paul. & Iaſ. ibi circà fin. & Angelo ibid. in voce dicenti acceptum fert vterque Imol.

3. Ad hanc verò ſpeciem pertinet quæſtio de eo quod meretrici coitus cauſa promittitur, an peti per illam poſsit; in qua communes inuicem contrariæ referuntur; Gloſſ. etenim in l. 4. verſicul. Sed quod meretrici. ff. de condict. ob turp. cauſam tenet, nõ poſſe illam petere, vbi Bald. ſententiam hanc ſequitur, & Angel. tutiorem, & honeſtiorem eam ſibi videri, dixit; idem tenet gloſſ. in l. 2. C. eod. titul. & in l. affectionis. ff. de donationib. ſequitur, & communem dicit Ioan. Baptiſt. de Sancto Seuerino in repet. l. cunctos populos, num. 39. C. de ſum. Trinit. & Fid. Catholic. ſequuntur alij citati à Gutierr. Canonicar. quæſt. lib. 2. c. 10. num. 29. in princip. Et in puncto iuris ſuſtentabiliorem eſſe, ſcripſit Iaſ. in l. generaliter, in fin. ff. de verbor. obligat. contrariam magis cõmunem dicens; quam tenuerunt Vltramontan. & Bart. eos ſecutus ibid. in fin. idẽ Bart. in d. l. 4. & in d. l. affectionis; eandem ſententiam cum Bart. & alijs per eum relatis defendit Palat. in repetit. rubr. de donat. inter vir. §. 40. num. 5. cum ſequentib. ſequitur, & magis communem teſtatur Gregor. in l. 53. titul. 14. part. 5. verb. que ſe los ouieſſe dado, latè Couar. in regul. peccatũ. 2. part. §. 2. nu. 1. & 2. de regul. iur. lib. 6. & Ioã. Gutierr. in loco citato. Cuius ſententiæ principale fundamentum eſt in eo quod Iuriſconſult. ait in d. l. 4. verſicul.

De omnibus ergo idem debet eſſe iudicium, tam ad retentionem, vt ille probat. d. num. 24. quám ad petitionem in iudicio omiſſa diſtinctione illius.

5. Cæterùm, in quæſtione propoſita, ſententiam gloſſ. in d l 4. verſicul. Sed quod meretrci, vt veriorem indiſtinctè ſequor, quam vltra alios defendit Connan. lib. 5. commentar. c. 11. num. 2. vbi pro ea inducit tex. in d. verſicul. Sed quod meretrici, nam fruſtra diſputaret Vlpian. ibi, an datum meretrici repeti ab ea poſſet, ſi potiùs illa & non datum petere poſſet. Et ad fundamentum pro contraria parte ex eod. tex. allatum, reſpondeo, meretricem quidem turpiter non facere recipiendo çùm ſit meretrix, turpiter verò facere, eam ob cauſam ſibi ſtipulando: negari etenim nullo modo poteſt, eiuſcemodi ſtipulationis turpem eſſe cauſam ex parte vtriuſque, vnde cùm petit ex ſtipulatione hac, ex ſtipulatione agit quæ turpem continet cauſam, & ex parte ſua turpiter adimpletam prætendit: quod quàm indignum, indecorum, & inhoneſtum ſit, nemo eſt qui non videat; idcircó, ſtipulatio iſta ab initio non valebit, vt illa de qua in d. l. ſi plagij. ff. de verbor. obligat. quæ ratio ceſſat, cùm res ſeu pecunia promiſſa illi ſponte datur; tunc enim verè dicitur, quòd turpiter non recipit, cùm ſit meretrix; qui eſt caſus d. verſic. Sed quod meretrici, de quo ad ſtipulationis caſum inferri non debet; præſertim, cùm nouum non ſit, vt aliqua honeſtè accipiantur, quæ tamen inhoneſtè peterentur, vt idem Vlpian. ait in. l. 1. verſicul. Proinde. ff. de var. & extraord. cognit. Promiſſorem verô, ſecuta cauſa, in foro animæ teneri ad fidem præſtandam, tenet Azor inſtitut. moral. lib. 11. c. 4. de promiſsionib. quæſt. 2. tom. 3. cui conuenit Theologorum communis de qua Gutierr. vbi ſup.

6. Tertia, & vltima ſpecies eſt, quando alicui promittitur, vt á maleficio abſtineat, ſeu vt faciat id quod gratìs facere tenetur, videlicet, vt homicidium, aut ſacrilegium non faciat, vt depoſitum, aut commodatum reſtituat, vt pro bona cauſa ſententiam ferat, aut teſtimonium verum. In qua ſpecie, maior dubitatio eſt, an ſtipulatio valeat, an ab initio nulla maneat, vt in duabus præcedentibus. Etenim in hac ſpecie, ſtipulationem, non eſſe ipſo iure nullam, ſed mero iure valere exceptionis ope elidendam, tenuit gloſſ. 1. in l. penult. ff. de condict. ob turp. cauſ. & in. l. iuris gentium § ſi. ab maleficium ff. de pact. ſic accipiens tex. ibi, vt dum hac ſpecie, conuentionem nullam dicit, etiam de ſtipulatione intelligatur, quæ propter exceptionem ineſficax redditur, & pro nulla eſt. Quam ſententiam Bart. & alij communiter ſequuntur in. d. § ſi ob maleficium, ſaluando tamen literã tex. ibi, quę negatiuè legitur ab Accurſ. Bart. & alijs, & in vulgaribus codicibus, & pandectis Florentinis ſic reperitur teſto Anton. Auguſtin. lib. 1. emendation. c. 2. poſt princip. verſicul. Dum enim, (tametſi Duaren. affirmatiuè legat, & Hiſpan. Mendoç. de pact. lib. 3. c. 6. num. 1.) tex. illum in pacto loqui, intelligunt, & non in ſtipulatione, quod, cúm cauſa aliqua veſtitum eſt, obligationem parit, vt præmiſerat Iuriſconſult. dict. l. iuris gentium, in princip. verſic. Sed etſi, & deinde, in §. ſi ob maleficium, quaſi limitationem ſubnectens eius quod præmiſerat, pactum ſubdit cauſa veſtitum, quæ, cùm iniuſta, ſeu turpis eſt ex parte recipientis, vt ibi, pro nulla

repu-

reputatur, idcircò inquit, quòd nullam parit obligationem pactum de quo ibi, licèt causa vestitum appareat, sicut, non parere, constat, cùm nulla subest causa, vt in §. sed cùm nulla, statim sequenti.

Secundùm gloss. itaquè, Bart. & communiter omnes, ex stipulatione hac, *Promitto tibi, si homicidium non feceris*, oritur obligatio, inefficax tamen quia exceptione tollitur, vt in d. l. penult ff. de condict. ob turp. caus. quam sic intelligunt: illa verò, *Promitto tibi, si feceris homicidium*, ab initio nulla est, d. l. si plagij ff de verbor. obligat. Et ita aduersùs Vltramõtanos distinguunt gloss. & communiter Scribent. Bald. cons. 114. in princ. nu. 4. Tusch. qui illum retulit, practic. tom. 5. conclus. 39. sub lit. O. num. 2. & 3. Secundùm quos differentiæ ratio est, quia in hac, vtriusque contrahentis turpitudo versatur, in illa, illius tantùm cui promittitur. Quæ ratio non satisfacit, nec enim iuris auxilio & remedio iuuari magis debuit stipulator, cùm sola illius turpitudo in stipulatione deprehenditur, vt agere ex ea possit, quàm cùm eius, ac promissoris simul turpitudo. Sustinendo tamen communem, conueniens, ac vera differentiæ ratio est, quia, in stipulatione illa, *Promitto tibi, si homicidium feceris*, vel, *vt homicidium facias*, in stipulationis causa turpitudo consistit, ad quam stipulator inuitatur, idcircò, stipulatio, cuius causa omni iuri resistit, & iniuriarum præsefert incitamentum, nullo iuris auxilio sustineri debuit, sed iure ipso, quod apertè offendit, irrita manere. At verò cùm promittitur, ne maleficium fiat, nec in stipulationis substantia, nec in causa illius turpitudo aliqua reperitur, quinimò causa honesta est, &, ad id quod iustum est, excitat; quia uerò eiusmodi est, quam stipulator gratìs exequi tenebatur, pro non causa est, vt tanquàm sinè causa stipulatio facta reputetur, cuius effectus est, vt actio nascatur, quæ exceptione summoueri possit, iuxta l. 2. §. circá ff. de dol. except. cum glossa ibi communiter recepta, in verb. nocebit. Ad quem casum pertinet: stipulatio facta cum debitore aufugiente, seu fallito, (vt vocant) de parte debiti remittenda, vt residuum exoluat; de quo per Alex. & Ias. in l. final. ff. de condict. ob turp. caus. & Pinel. cum relatis ab eo in l. 2. 1. part. cap. 4. num. 7. C. de rescind. vendit.

7. Inter prædictas autem stipulationes illa etiam notabilis differẽtia est, quòd solutum ex stipulatione vt maleficium fiat, repeti non potest; quia vtriusque turpitudo in stipulatione versatur, & ideo in pari causa, possessoris conditio potior est. l. 3. 4. & penult. in versicul. final. ff. de condict. ob turp. caus. l. 2. l. mercalem. C. eod. si veró ex parte tantùm accipientis turpitudo versatur, vt in stipulatione ne maleficium fiat, datum repeti potest l. 1. in fin. cum leg. sequenti, & l. 4. versicul. Quoties, C. ex ea, & l. vltim ff. de condict. ob turp. caus. l. 4. l. penult. & vltim C eod. Et ita est communis & concors omnium resolutio. Cui non obstat d. l. penult. in princip. ff. de condict. ob turp. caus. quæ denegat repetitionem soluti ex stipulatione quæ ex parte tantùm accipientis turpis extiterat, secundùm gloss. Bart. & alios ibi, qui respondent, in illo tex. solutionem factam fuisse turpitudinis causa ob quam promissum fuerat, iam finita, quod duobus modis declarat ibi Ias. Quæ interpretatio, vera est, quia spontanea solutio postea facta, præcedentem turpitudinem in cõtractu commissam purgat,

vt pro

vt pro communi regula notat Ias. in dict. l. penultim. notab. 1. & probat. l. 2. vbi gloss. rationem assignat C. de his quæ vi, metusue caus. fiunt; nec quidem diuinatoria est ad tex. ibi. in dict. l. penultim. sed verbis illius conueniens, quæ sonant, solutionem factam fuisse post finitam causam stipulationis quæ exceptione elidi poterat, idcirco, quasi solutum non ex stipulatione turpi præcedente, sed ex libera ac spontanea voluntate postea sequente, repeti non potest; & hoc quidem, quando ex parte tantùm stipulatoris extitit turpitudo, quo casu loquitur tex. ibi in princip. iuxta communem intellectum; nam vbi ex parte vtriusque turpitudo fuit, etiam si durante turpi stipulationis causa solutum sit, repeti nequit, ex ratione de qua sup. vt ad differentiam præcedentis casus subtiliter insinuat Iurisconsult. in dict. l. penultim. in fin. ibi, *tametsi ex stipulatione solutum sit.*

Conuenientiæ decimæ

SVMMARIA.

1. & 2. *Contractus per procuratorem celebrari possunt; testamenta verò non possunt fieri per alterum alterius nomine; & traditur communis intellectus tex. in c. cùm tibi, de testament.*

3. *Differentiæ rationes assignantur inter contractus, & vltimæ voluntatis dispositiones, vt hæ per procuratorem fieri non possint.*

4. *Contractus procuratorio nomine gestus postquàm reuocatum est mandatum, procuratore & qui cum eo contraxit, mandati reuocationem ignorantibus, tenet. Limitatur in matrimonio per procuratorem celebrato.*

5. *Differentiæ ratio assignatur inter mandatum ad matrimonium contrahendum, & ad contractus alios.*

6. *Iuramentum præstari potest per procuratorem mandatum ad id speciale habentem. Limitatur num. 10. versicul. Quibus additur, & quid si dominus reuocet antequam iuretur, d. nu. 6. & 7.*

8. *Votum per procuratorem fieri potest, &, si dominus reuocet mandatum ad vouendum, & postea voueat procurator de reuocatione ignarus, non obligat dominum.*

9. *Votum personale non potest impleri per alium alterius nomine qui implere per se potest. Nec sacramentalis confessio per alium fieri potest.*

10. *Cognatio spiritalis in sacro fonte per procuratorem contrahi non potest; nec actus alij qui corporale aliquod factum exigunt ad sui celebrationem, aut agentis præsentiam, per procuratorem celebrari possunt.*

11. *Regula iuris est, posse quem facere per procuratorem, quæ per se facere potest.*

Conuenientia 11. contractuum.

De contractu per procuratorem celebrato.

1. VNdecimò tandem conueniunt cõtractus, quia omnes per procuratorem celebrari possunt; in quo etiã à testamentis differunt, quorũ ordinatio procuratori committi nequit, quia nõ debent ab alieno arbitrio pendere, sed certa ipsius testantis mente & dispositione firma esse, oportet.

l. illa institutio. ff. de hæredib. instituend. quanquàm legib. Taurinis. 31. cum sequentib. permissum extet, posse quem, testamentum sibi condere, alteri mandare. Quod aduersùs communes iuris ciuilis regulas esse, Interpretes omnes ibidem agnoscunt, secundùm Cost. in cap. si pater, 1. part. verb. pauperes, num. 7. de testament. libr. 6. vbi, hoc clarissimum esse, dixit; etsi Spinus Salmanticensis doctor in specul. testamentor. gloss. 5. principal. ex numer. 2. latissimè disputet, an iure valeat commissio de faciendo pro alio testamento, vbi, post negatiuæ partis fundamenta adducta, numer. 7. & 8. affirmatiuam verissimam dixit, in cuius comprobationem numer. 9. cum sequentib. inducit, cap. cùm tibi, de testament. & successiuè deinde ex num. 13. eandem sententiam probare nititur exemplo matrimonij, electionis ecclesiasticæ, acceptationis beneficij, iuramenti calumniæ, & similium, quæ à libera animi voluntate pendere, constat, & tamen eorum gestio, & executio potest alijs committi, vt pluribus relatis probat idem Author ex dict. numer. 13. vsque ad 26.

2. Quibus tamen non obstantibus communis sententia est amplectenda; & quod attinet ad dict. cap. cùm tibi, communiter intelligitur cum Innoc. ibi de bonorum distributione alterius dispositioni per testatorem commissa, vt commissarius ille, nudus hæres reputetur bona in pias causas distributurus; quem intellectum, communem dicit Couar. ibi numer. 10. & post alios ab eo relatos intellectus istum magis probat numer. 12. in fin. & communem Legistarum, ac Canonistarum tradit Clar. in §. testamentum, quæstion. 6. num. 6. communem etiam tradit alijs citatis Valasc. consf. 68. num. 4. tom. 1. Quem ita demum procedere, existimant communiter Doctor. ex Couar. dict. numer. 10. si testator vtatur verbis arbitrium boni viri importantibus. Et idem erit, si verba ambigua sint, ita vt nec liberæ voluntatis arbitrium clarè significent, nec boni viri arbitrium, in dubio enim, tam vt dispositio testatoris sustineatur, quàm piæ causæ fauore, de boni viri arbitrio verba erunt accipienda, vt scripsimus in commentar. l. 1. Cod. de sacrosanct. eccles. 6. part. §. 1. vbi de dispositione in alterius arbitrium commissa latè egimus. Siue autem prædictus Innoc. & communis intellectus ad dict. cap. cùm tibi, siue alius magis placeat, salua semper manere debet probatissima & receptissima iuris ciuilis conclusio, quòd proprij testamenti ordinatio committi alteri non potest, quæ etiam Pontificio iure tenenda est, quo eam expressè non legimus abrogatam, nec de leui inducenda est talis abrogatio, iuxta c. 1. de nou. oper. nuntiat. c. cùm expediat, de elect. lib. 6.

3. Quod verò attinet ad matrimonium, iuramentum, & alia quæ pendent à libera animi voluntate, & tamen per alium procuratorio nomine geri possunt, consideranda est differentiæ ratio inter hæc, & testamentarias dispositiones; inter quæ non vna tantùm, sed plures assignari possunt differentiæ rationes, prima colligitur ex gloss. in dict. l. illa institutio. ff. de hæredib. instituend. vbi rationem assignans ad Veterum decretum de quo ibi, quo statuerunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere; *quia*, inquit, *vult conferre in alienum arbitrium*,

triuin ; quod vix in suo permittitur, scilicet, statuere de rebus in eum casum, quo suæ futuræ non sunt. Quam gloss. rationem explicauimus dict. l. 1. 6. part. §. 1. & secundùm eam iuncta explicatione de qua ibi, manifesta apparet differentiæ ratio in casu proposito inter testamentarias dispositiones, & alias quæ iure proprio cuique competunt. Secunda ratio ad testatorum ipsorum, ac testamentorum fauorem pertinet ; si enim per procuratorem fieri possent testamenta, sæpe euenire posset, vt, procuratore non exequente mandatum, aut non fideliter exequente, intestati manerent, qui testamenti condendi potestatem habebant, aut de rebus eorum aliter ordinaretur, quàm ipsi voluissent, in quo vltimæ voluntatis ius & substantia læderetur ; quæ ratio cessat in actibus inter viuos celebratis ; idcircò, non mirum si hi per procuratorem expediri legitimè possint, illi verò non. Denique, notum omnibus est, maiorem in condendis testamentis solennitatem requiri, & ampliorem numerum testium, quàm in contractuum celebratione, & actibus alijs inter viuos ; cuius rei nulla alia ratio est, quàm vt doli, & falsitatis occasio obuietur, cui magis subjacent mortuorum dispositiones, quàm viuorum; de quo scripsimus in commentar. dict l. 1. in init. 2. part. & hæc ratio suadebat etiam, vt licèt actus inter viuos gerendi, per procuratorem geri commodè possent, non possent tamen vltimæ voluntatis dispositiones, vt vbi maius vertebatur periculum, cautiùs prouideretur.

4. Tanta autem est mandati vis ad celebrandos contractus, vt, etsi à mandatore reuocetur, & deinde virtute illius celebretur contractus mandatario & secum contrahente de reuocatione non certioratis, teneat contractus. l. si mandassem. ff. mandat. clem. vnic. de renuntiat. cap. ex parte decani, de rescript. & probant omnes qui tenent, speciale esse in matrimonio per procuratorem celebrato, vt non valeat reuocato procuratore ante celebrationem illius, etsi procurator ipse, & is, eaue, cum quo aut qua matrimonium contrahitur, mandati reuocationem ignorent ; de quo est tex. expressus in cap. final. in fin. de procurator. libr. 6. quem singularem reputat Felin. in rubr. num. 6. de sponsalib. & id in matrimonio speciale esse, dixit Innoc. in cap. iuuenis, num. 5. eod. titul. & eo relato Bart. in Auth. de nupt. in fine princip. collat. 4. gloss. in dict. cap. final. & in dict. clem. vnic. & alij quos refert, & sequitur Thom. Sanch. de matrimon. lib. 2. disputat. 1?. num. 6. tom. 1. vbi specialitatis rationem assignat ; & ampliat num. 8. cum relatis ab eo, vt procedat etiam si iuramentum præcessisset de non reuocando mandato, tenebit enim reuocatio, & matrimonium non subsistet, quanuis reuocans, periurij reus sit ; sic gloss. dict. cap. final. verb. reuocatus, quam commendant citati á Couar. communem tradente, & illam secuto, de sponsalib. 2. part. cap. 4. in init. num 10. vbi num. sequenti ampliat etiam in tacita reuocatione mandati, exemplificans vt ibi per eum, sequitur Sanch. cum citatis ab eo dict. loco num. 10. post omnes Rebell. de obligation. 2. part. lib. 2. quæst. 5. nu. final.

5. Sed quod attinet ad differentiæ rationem inter mandatum ad matrimonium, & ad contractus alios, dicendum puto, stricto iure nec contractus alios valere debuisse reuocato mandato, quanuis mandatarius, & alter, contrahens de reuocatione ignari

nati contraxissent; omnibus enim conuenit ratio scripta ad matrimonij casum in d.c. final. in fin. vbi dicitur, matrimonium non valere reuocato procuratore, quia deficit consensus sinè quo firmitatem habere nequit; quæ ratio alijs quoque conuenit contractibus, ad quorum celebrationem vtriusque partis requiritur consensus; æquitatis tamen causa inductum est, vt contractus valerent propter iustam ignorantiæ causam; ad quam æquitatem respexit tex. in non dissimili specie in §. item si adhuc, versicul. Sed vtilitatis, instit. de mandat.

Et hæc quidem æquitas in matrimonij causa locum sibi non vendicabat, imò iniquitas inde resultaret propter mala multa quæ ex inuitis nuptijs non rarò sequuntur. c. requisiuit, cum notat. ibid. extr. de sponsal. & innuit tex. in d.c. final. ibi, *propter magnum quod ex facto tam arduo posset periculum imminere*. Summa ergo ratio postulabat, vt summum ius in matrimonij causa seruaretur. Propter quã etiam causam specialia alia traduntur in procuratore ad illud contrahendũ constituto, nempe, vt speciale ad id habeat mandatum, & substituere non possit, nisi specialiter id sibi committatur, vtrumquè dicit tex. in dict. cap. final. de procuratorib. lib. 6. vbi glossa verb. speciale, in fin. requirit, quòd in mandato specialis & certa exprimatur persona, per l. generali. ff. de rit. nuptiar. & est communis omnium secundùm Couar. dict. cap. 4. in init. numer. 8. & pluribus citatis tradit Sanch. dict. disputat. 11. num. 4. vbi declarat cum Angel. in summ. verb. matrimonium. 2. num. 19. sufficere, si certa illa persona ore tenus, vel per literas extra mandatum ipsum exprimatur.

6. Per procuratorem etiam speciale ad id mandatum habentem iuramentum præstari potest, vt probat tex. in cap. final. de iuram. calumn. lib. 6. vbi, & in l. qui bona. §. si alieno ff. de damn. infect. receptissimam sic esse omnium sententiam, tradit Couar. in cap. quanuis pactum. 1. part. §. 5. num. 8. de pact. lib. 6. quam sequitur Azor communem etiam apud Pontificij iuris Interpretes testatus lib. 11. institut. moral. cap. 7. versicul. Decimotertiò quæritur, tom. 1. Suar. de Religion. tom. 2. tractat. 5. lib. 2. cap. 31. ex num. 3. vbi num. 6. argumento eius quod in matrimonio traditur, probat, quòd, si antequám procurator iuret, dominus reuocet mandatum, quanuis in procuratoris notitiam non veniat reuocatio, non obligabitur propria obligatione iuramẽti; atque ita sentit, quòd vi contractus obligabitur, & tenebitur seruare promissa, iuxta id quod diximus de reuocatione procuratoris ad contractus ordinati.

7. Sed tunc dubium erit, quid sit dicendum, si contractus talis sit, qui sinè iuramento non valeat; si enim iuramenti robur & virtus remouetur ab eo propter mandati reuocationem, videtur, quòd nec vi contractus reuocans teneatur. Puto tamen, quòd tenebitur tanquàm ex contractu iure valido propter adhibitum iuramentum, & mandati reuocatio hoc tantùm operabitur, vt, si non impleat, non maneat reus periurij, etenim iuramentum in casu isto adhibetur pro solennitate iure requisita ad validitatem contractus, ad quem ordinatur procurator cum facultate iurandi, atque ita, sicut teneretur dominus quanuis mandatum reuocaret, si procurator, & secũ contrahens, de reuocatione non certiorati,

turati, virtute mandati celebraret contractum solennitate alia interueniente, pro illius validitate requisita, ita & adhibita solennitate iuramenti ad quod mandatum dedit, tanquàm ad necessariam contractus solennitatem, tenebitur, absque crimine tamen periurij si non impleat, sicut eueniret in conuentionibus alijs à procuratore iuratis, secundùm sententiam Suar. d.c.31.nu.6.

8. Votum etiam per procuratorem fieri posse, idem Author tradit d.2.tom. tract.6. lib.4.cap.9. nu.final. secutus Archidiac.in c.sciendum.27. quæst.1. contra gloss. 1. ibi, quam sequitur ibid. Turrecrem. Qua opinione retenta, si, antequám votum fiat à procuratore, reuocetur mandatum, quanuis ille voti ignarus voueat, votũ non tenebit; idquè sine dubio est multò magis, quàm in casibus sup. dictis, tum, quia Deus neminem sibi vult obligari inuitum, tum quia, etsi procurator facultatis sibi commissæ reuocationem ignoret, illa tamen Deum, cum quo in voto agitur, non latuit, nec latere potuit; atque ita, aptiùs dicetur, quæstionem de reuocatione mandati non nota procuratori, nec qui cum illo contrahit, voto non posse applicari.

9. Quanuis autem votum, tam reale, quàm personale, per alium alterius nomine de illius consensu & mãdato fieri possit, impleri tamen personale votum per alium nequit, quando qui vouit, implere per se potest, vt tradit Innoc.in c.licèt, in princip. de vot. Frãcisc.Suar.de Religion.2.tom. tract.6.lib.4.cap.10. versicul.Hinc sequitur primò; &, si per se implere nõ potest, per alium implere non tenetur personale votum, vt tradit idem Author loco citato, versicul. Dico ergo primò, & ait, quòd est communis Theologorum sententia in 4.dist. 38. Vnde, qui ieiunare vouit aliquibus diebus, ieiunare ipse debet, & non alius pro eo, ad voti implementum, &, si ieiunare non potest, excusatur, nec tenetur alium subrogare qui illius nomine ieiunet; quod in votis realibus, quæ communiter per alios impleri solent, secus est, vt tradit Azor institution moral.lib. 11.cap.16. quæst. 16. 1. part. Sicut etiam sacramentalis confesśio, quia personalem exigit præsentiam, per alium alterius nomine fieri nequit. L quem pęnitet, in princ. & ibi gloss. verb. per nuntium, de pænitent. distinct.1.

10. Nec etiam spiritualis cognatio in sacro fonte per procuratorem contrahi potest, vt tenet Ioan. Andr. in regul. potest quis per alium, de regul.iur.lib. 6.Bart.in l.Gallus §.forsitan, in fin.ff.de liber.& posthum. vbi ait, ita tenere Canonistas; & licèt non desint contrarium tenentes, quos sequitur Abb. in c. veniens, num. 4. de cognat. spiritual. hæc tamen opinio verior videtur, proptereá quòd ad talem cognationem contrahendam, vltra consensum requiritur actus personalis, seu corporalis, nempe, vt baptizatus á patrino tangatur. Et idem est in actibus alijs ad quorum expeditionem, vltra agentis consensum, factum aliquod corporale requiritur, seu præsentia illius, vt tradit Bart.d.§ forsitan, nu.final. ita, neque adoptio, neque arrogatio per alium agi potest.l.post mortem.§.final.ff.de adoptionib. vbi gloss. alios similes casus tangit. Quibus additur iuramentum, cùm lex requirit, quod propria manu præstetur, quo casu per procuratorem etiam speciale ad id mandatum habentem præstari non poterit, c.si verò.2 de sentent. excõmunicat. quem sic intelligit Felin. in c.licet 2.

Z 3 col.

col. 1. de testib. Couar. qui alios refert, d. c. quanuis pactum. 1. part. §. 5. nu. 8. versicul. Sed si lex, sequitur Azor d. lib. 11. c. 7. in fin.

11. Regulariter, ergo, negotia quę per se quis facere potest, potest per procuratorem expedire l. 1. §. vsus. ff. de procurator. vbi gloss. pro regula notat, regul. potest quis per alium, de reg. iur. lib. 6. Quę regula fallit in testamentis, & dispositionibus alijs, ad quorum celebrationem, ipsius agentis præsentia, & personalis aliquis actus requiritur, & in casibus alijs iure prohibitis. Et hæc pro conuenientijs contractuum satis modo sint. Nunc generales quasdam ac præcipuas inter eos differentias annectamus.

CAPIT. XII.

De generalibus differentijs contractuum.

Differentiæ primæ

SVMMARIA.

1. *Contractus alij, & pene omnes, iuris gentium sunt, alij ciuilis iuris; & princeps legem ferre non potest, quæ subditis prohibeat, ne celebrent contractum aliquem iure gentium introductum.*
2. *Potest princeps statuere, ne iuris gentium contractus absque certa aliqua solennitate celebretur; quod exemplificatur apud nos in Ord. lib. 1. tit. 78. §. 14. Et limitatur dispositio illius ad casus in illa expressos,*
3. *Princeps generali lege iuris ciuilis contractum abrogare potest.*

Differentia prima.

De origine contractuum.

1. PRima, ac generalis contractuum differentia, spectat ad originem eorum, quam ponit noster tex. quia, nempe, alij, seu pene omnes, iuris gentium sunt, alij, ciuilis iuris; quod sup. explicuimus. Cuius differentiæ potissimus effectus est, quia princeps statuere non potest, ne subditi sui celebrent contractum aliquē iure gentium introductum, nec enim legem ferre poterit qua talem auferat facultatem iure gentium subditis cō- petentem.

2. Poterit quidem statuere, ne iuris gentium contractus, puta, emptio & venditio, locatio & conductio, siue alius, absque certa solennitate celebretur, & quòd nō valeat illa prætermissa. Cuiusmodi apud nos lex est Ord. lib. 1 titul. 78. §. 14. quæ irritat venditiones, & contractus alios, de quibus gabella debetur, si de solutione illius non constet per sedulam ab officialibus ad quos pertinet expeditam, atque in ipso contractus instrumento transcriptam. Quæ lex (vt hoc obiter annotemus) cùm exorbitans sit, ac iuris

ris correctoria, loquaturquè in contractibus celebratis per publica instrumenta, & addictiones sub hasta factas, in ijs tantùm erit accipienda, & non extendetur ad contractus priuata scriptura vel sinè ea gestos, tametsi debita de illis gabella soluta nunquam fuisset, iuxta vulgares traditiones de lege exorbitante, & correctoria, per gloss. & alios in Auth. quas actiones. C. de sacrosanct. eccles.

3. Poterit, itaque, princeps in regno suo certam præscribere solennitatem contractui iuri gentium, qua omissa non valeat, vt in d. leg. Regia apud nos; cum verò in totum tollere & abrogare non poterit. Quod poterit circà iuris ciuilis contractum: quemadmodum enim ciuili lege introductus fuit, ita contraria alia, quam quilibet rex in suo regno condere poterit, tolli poterit, iuxta regul. tex. in l. nihil tam naturale. ff. de regul. iur. Nec tunc obstabit communis Recentiorum sententia qui contra Antiquiores probant, & cum illis ego in commentar. l. 1. C. de sacrosanct. eccles. in præfat. num. 7. non posse principem, auferre cuiquam sinè causa ius suum tametsi iure ciuili competens, sicut nec quæ iure gentium competunt: Respondetur enim, aliud esse, principem alicui ius illi competens auferre, aliud, cōmunem legem condere in reipublicæ vtilitatem: hoc licet, & ad munus principis pertinet, illud non; sed & illud ex iusta causa facere princeps potest, secundùm omnes, quæ iusta causa cum communi commodo, in lege condenda deesse nunquam debet.

Differentiæ secundæ

SVMMARIA.

1. *Contractus alij nominati sunt, alij innominati. Et, cur hoc sic constitutum iure sit, inquiritur; & Ottoman. ratio affertur; & altera Felician. contra illum, quæ confutatur.*

2. *Noua assignatur ratio & explicatio nominatorum, & innominatorum contractuum.*

3. *Inter nominatas & innominatas cōuentiones differentiæ multæ traduntur á Doctorib.*

4. & 5. *Ex contractibus nominatis oritur actio ab ipso consensu quo perficiuntur; ex innominatis verò, á rei traditione, aut facti implemento oritur; ad quod expenditur l. 1. versicul. Item emptio ff. de rer. permutat. & dictio, ex, de qua ibi; quæ causam immediatam denotat. d. nu. 5. versic. Pro quo.*

6. *Respondetur ad l. ex placito. C. de rer. permutat.*

7. *Differentia nominatorum, & innominatorum contractuum iure ciuili recepta, Pontificio iure abrogata non est, & eo etiam iure pænitentiæ locus est in innominatis conuentionibus ante implementum.*

8. *Discutitur quæstio, an in contractibus innominatis res in iudicio consignata pro tradita habeatur, vt pænitentiæ locus alteri præcludatur; & resoluitur in versic. Ego verò.*
Ante implementum pænitentiæ locus est in contractibus innominatis, & probatur communis sententia quæ tenet, illum qui ex parte sua impleuit, pænitere adhuc posse ante alterius partis implementum. d. nu. 8. versic. In contrarium.

9. *Discutitur quæstio, an naturalis obligatio oriatur ex contractibus innominatis ante implementum; & communes inuicem contraria referuntur. Resoluitur num. 11.*

10. *Inqui-*

10. *Inquiritur ratio ob quam ius ciuile innominatis conuentionibus ante implementum negauerit actionem; & alijs omissis, rationem esse, traditur, quia vsu frequentes non erant, sicut nominatæ conuentiones, in versicul. Igitur.*

Innominatæ cõuentiones ante pecuniæ inuentionem, in vsu erant, & permutatio omnibus frequentior; & innominata conuentio est, secundùm communem, ibid.

11. *Probatur cum gloss. & communi, ex innominatis conuentionibus ante implementum naturalem obligationem oriri; & declaratur, vt talis naturalis obligatio sinè effectu exceptionis, & retentionis consistat.*

12. *An pænitendi facultas in contractibus innominatis ante implementum legibus ciuilibus concessa, habeat locũ in foro conscientiæ tractatur; & Ludouici Molin. theologi circà hoc, ac circà ciuiles leges de hoc opinio refertur.*

13. *Leges ciuiles pænitendi facultatem in contractibus innominatis concedentes defenduntur, &, etiam in foro animæ locum obtinere, probatur.*

14. *Probatur, pacta nuda in foro animæ ligare etiam stante iuris ciuilis constitutione, differentia circà hoc notata inter ea, & conuentiones innominatas.*

15. *Declaratur, quomodò verum sit, ac stare bene possit, naturalem obligationem ex contractibus innominatis ante implementum oriri, & in animæ iudicio locum habere, & tamen in eodem iudicio pænitendi facultatem competere.*

16. *An contractus innominatus cum iuramento celebratus pænitendi facultatem aliàs competentem admittat.*

17. *Innominati contractus, alij nec rei traditione nomen suscipiunt, nec naturam nominatorum; alij rei traditione efficiuntur nominati; & hi sunt, in quibus obligationes re contrahi dicuntur.*

18. *Cur in quibusdam contractibus obligationes re cõtrahi dicantur, in alijs, consensu, quæritur. Differentiæ ratio ponitur, & explicatur nu. 19.*

20. *In permutationis contractu, ante rei traditionem non oritur actio, quia innominata conuentio est.*

21. *Traditur, in quo conueniant contractus innominati cum nominatis quorum obligationes re contrahuntur, & probatur, etiam in his ex rei traditione actionem oriri.*

22. *Nominati contractus cum innominatis omnibus conueniunt in eo, quia consensu omnes fiunt & celebrantur.*

23. *Explicatur l.1. versicul. Item emptio ff. de rer. permutat.*

24. *Hodie per publica instrumenta rarò contractus innominati celebrantur propter subiectam à notarijs stipulationem.*

25. *Stipulatio subiecta contractui innominato facit illum transire in nominatum, & pænitentiæ locus non est in illo.*

Et quid si notarius absentium tantùm nomine, quos negotium tangit, stipuletur, an & ad præsentes stipulationis vis porrigatur, ibi in versicul. Caterùm.

26. *Contractus in dubio, potiùs censetur innominatus, quàm nominatus.*

Differentia secunda.

De contractibus nominatis, & innominatis.

1. SE-

1. SEcunda generalis differentia, seu diuisio contractuum iuris gentium, est inter nominatos, & innominatos; quę est iure celebris ac frequens contractuum diuisio, quam ponit tex. capitalis in l. iuris gentium. ff. de pact. Et nominati dicuntur, qui non stant in generali nomine conuentionis, pacti, seu contractus, sed proprium ac specificum nomen habent, ex actione quam pariunt mutuatum, vt emptio & venditio, locatio & conductio, mutuum, commodatum, & alij; qui, quia in vsu populi & cōmercio frequentes erāt, certas habebant actiones sub certis formulis in albo prætoris scriptas, quas non habebant conuentiones aliæ quarum vsus non ita frequens erat, quæ ad quatuor illa capita reducuntur, de quibus in l. naturalis, cum suis §. §. ff. de præscript. verb. Et hinc nominatorum, & innominatorum vsurpatio, ac diuisio fluxit, secundùm Ottoman. in disputat. de pact. pag. 123. quem Nouiores postea hac in re sequuti sunt.

Illius verò explicatio displicet Felician. tract. de censib. lib. 1. c. 2, num. 4. 5. & 6. tom. 1. vbi contra Ottoman. latè contendit, nominatos cōtractus, ab actionum suarum formula nomina sua non accepisse, sed potiùs actiones ab illis denominari: sed & specifica nomina contractuum, ante actionum formulas á Romanis inuentas, & ante ius Quiritum, ac Vrbem ipsam conditam, apud alias nationes nota & vsurpata patrio idiomate fuisse, venustè probat, tandemquè concludit, dicens, veram esse Doctorum communem sententiam, quæ ait, gentes quibusdam contractibus nomina indidisse, alijs verò non potuisse imponere: cuius diuersitatis nullam aliam rationem asignat, quàm quia natura rerum inductum est, vt plura sint negotia, quàm vocabula, vt ait Vlpian. in l. 4. ff. de præscript. verb. Quæ ratio generalis nimis est, nec difficultati satisfacit; dum enim Vlpian. ait, natura rerum inductum esse, vt plura sint negotia, quàm vocabula, non negat, negotijs de nouo emergentibus quæ proprio nomine carent, noua ac propria nomina ad placitum ab hominibus imponi posse; potuerunt quidem gentes, & Romani ipsi innominatis conuentionibus postquâm eas agnouerunt, propria ac specifica nomina imponere: hoc ergo est quod quærimus, cur hoc quod potuerunt, noluerunt? Et ita apparet, quòd cùm Felician. Ottomani rationem improbet, nullam affert; quam approbare posimus.

2. Dico ergo, quòd cùm quærimus, cur contractus, alij nomina propria ac specifica habeant, vnde nominati dicuntur, alij non, secundùm ius ciuile Romanorum quærimus, nō negantes, quòd ante ius ipsum Quiritum, & ante Vrbem conditam, apud Græcos, & nationes alias, contractus illos, quos ex iure Romanorum nominatos dicimus, nomina iam haberent propria & elegantia; quinimò & innominatis conuentionibus, postquàm ex iure gentium introductæ sunt, id contingere potuisset, vt apud gentes alias proprijs nominibus in idiomate suo nuncuparentur. Et quanuis hoc ita contigisset ante Vrbem conditam, vel post eam, & etiam hodie perduret apud externas alias gentes, vt conuentiones, quas innominatas dicimus, proprijs ac specificis nominibus designent, non ideò minus apud iuris ciuilis professores, tanquàm nomine proprio carentes, innominatæ dicentur. Credibile ergo est, Romanis, qui conuentiones alias iure

iure suo nominibus proprijs donauerunt, alias sine nomine receperunt, siue illæ ex actionibus suis in albo prætoris scriptis denominarentur, siue actiones ex illis, (nec enim in hoc vis est) id ita placuisse, vel, quia illarum vsus inter homines frequentior erat, vt ita cōuentionem vsibus suis cōmodissimam, & quā crebrò celebrarent, nomine proprio designarent, vt alij opinantur, quos sequuntur Duaren. & Orosc. in dict. l. iuris gentium, in princ. Connan. lib. 5. cōmentar. c. 2. num 1 receptum testatur Mench. lib. 2. de success. creat. §. 12. num. 49. versic. Sed quæro, plures refert Felician. d. cap. 2. num. 2. & nemine citato tradit eleganter Mendoç. de pact. lib. 3. cap. 2. num. 4. vel, quia innominatis conuentionibus respectiuis (de his enim hìc loquimur) non ita certum & æquale negotium geritur, vt in nominatis, in his enim certum est quod agitur, quia vel pretium interuenit in pecunia numerata, qua res omnes æstimantur, & ad æqualitatem reducuntur, l. 1 ff. de contrahend. empt. vt in venditionibus, & locationibus, vel ex conuentione redditur idem quod præstatur, vt in commodato, & deposito, vel tantundem eiusdem generis, ponderis, seu mensuræ, vt in mutuo: at verò in contractibus innominatis non ita certum & ex vtraque parte æquale est, quod in conuentionem deducitur; vel enim promittitur res pro re, vel factum pro factò, vel res pro facto, vel econtrà; in quibus non ea certitudo & æqualitas versatur, quæ in contractibus nominatis reperitur; ex quo hi certi, illi, incerti dicuntur l. certi condictio, ibi, *siue ex certo contractu petatur, siue ex incerto*, ff. si cert. petat. l. 1. §. debitum. ff. de cōst t. pecun. l. & vno, ff. de acceptilat. Hos ergo contractus, vt incertos, & in populo minus frequentes, debiles, sinè actione, & nomine proprio, iuris prudentes reliquerunt, quos idcircò innominatos dicimus.

3. Multæ sunt autem differētiæ, præter hanc quæ ad nomen pertinet, inter hos, & illos, quas vltra Ordinarios in dict. l. iuris gentium, & in. dict. l. naturalis, latè prosequitur Berengar. in l. pacta conuenta cap. 3. ex num. 82. versicul. Differunt, cum num. sequentib. ff. de contrahend. empt. Mench. de success. creat. d. §. 12. num. 45. Gom. 2. tom. c. 8. Mendoc. d. lib. 3. c. 2. ex num. 5. & post eos Felician. d. lib. 1. c. 2. ex num. decim. tom. 1.

4 Inter alia verò præcipuè differunt, quia in contractibus nominatis ex ipso consensu quo perficiuntur, oritur actio, in innominatis verò ante rei traditionem, vel facti implementum non oritur; tradit Tusch. pract. conclus. iur. tom. 2. conclus. 998. lit. C. num. 4. Mantic. de tacit. & ambig. conuentionib. lib. 1. titul. 8. num. 9. versic. Sed quæret aliquis, tom. 1. præstantissimi duo patres, S. E. R. consocij Cardinales; & ita est communis & frequens conclusio, etsi Gom. d. 2. tom. c. 8. num. 1. versicul. Ex quo infertur, tradiderit, in his obligationem & actionem oriri ex ipso pacto & conuentione partium, non verò ex rei traditione. Circá quod notandum est, Gomes. sensum non esse, vt ex innominato contractu ante rei traditionem competat actio, id enim apertè repugnat textui, quem allegat, in l. ex placito. C. de rer. permutat. & communi omnium sententiæ, sed vult dicere, quód traditione secuta actio competat, quæ antea non competebat, orta tamen nō ex ipsa rei traditione, sed ex præcedente pacto. Ad quod inducit tex. in. d. l.

ex

ex placito, dum ait, *Ex placito permutationis nulla re secuta, constat, nemini actionem competere:* quasi á contrario sensu probet, re postea secuta, actionem oriri ex præcedente pacto, vbi gloss. verb. *nulla re*, in initio idem asserit, dicens, manifestè probari ex tex. ibi, & ex d.l. iuris gentium, in versic. Sed etsi in alium, in fin.

5. Sed huic sententiæ nimis obstat tex. in l. 1. versicul. Item emptio, ff. de rer. permut. vbi Iurisconsult. *Permutatio autem,* inquit, *ex re tradita initium obligationi præbet*, si ergo initium obligationis à re tradita incipit, vt Iurisconsf. clarè ait, profectò, obligatio ipsa potiùs ad rei traditionem, quàm ad pactum seu conuentionem referri debet. Pro quo ponderanda est dictio, *ex*, de qua ibi, quæ causam proximam & immediatam denotat, vt notant Doctor. in l. eo tempore. §. final. ff. de pecul. & in l. non dubium, vbi Ias. num. 23. C. de legib. Dec. in l. 2. num 23. ff. de iurisdict. omn. iud. & in Auth. si quis in aliquo, num. 1. C. de edend. & in cons. 536. In inclyta ciuitate, nu. 7. conuenit quod de dictione eadem notant Bart. & Doctor. in tex. nostro in initio, quòd, scilicet, principium temporis denotat; ac denique conducit vera & apud bonos Authores recepta eiusdem dictionis significatio de qua Tiraq. de retr. lignag. §. 1. gloss. 11. num. 54. secundùm quam, qui dicit, ex re tradita obligationem oriri in contractibus innominatis, vtique, eam, à pacto ac conuentione quæ præcessit, excludit. Quem sensum confirmant verba Paul. quæ sequuntur in d. versic. Item emptio. Et denique idem comprobat obligationis definitio, quæ secundùm Imperat. in princ. instit. de obligationib. est iuris vinculum quo necessitate astringimur alicuius rei soluendæ, in hoc enim obligationis substantia cōsistit, vt aliquem necessitate obstringat ad dandum aliquid, vel faciendū, vel præstandum. l. 3. in princip. ff. de obligat. & act. Porrò, in contractibus innominatis tale vinculum & necessitas ante rei traditionem, seu facti implementum non reperitur, cùm licità interim pænitentia cuique sit, vt inter omnes constat, & per consequens, in illis ex consensu præcedente, qui huiusemodi vinculum non præstat; obligatio & actio inde orta non procedit.

6. Nec contrarium probat d.l. ex placito; primó enim respondetur, quòd, etsi in iure frequens ac regulare sit argumentum à contrario sensu, l. 1. §. huius rei, ff. de offic. eius cui mandat. est iurisdict. l. qui testamento §. mulier, ff. de testament. cū alijs per Euerard. in topicis iuris, loc. à contrario sensu, non tamen procedit, quando inde resultat prauus intellectus, vel contra leges alias, vt notatur in l. conuenticulam. C. de episcop. & cleric. & in l. nemo. C. de iurisdict. omn. iud. notat gloss. in clem. 1. verb. obseruare, de sentent. excommunic. & in c. significasti, de for. competent. & in c. quantò de vsur. bonus tex. & ibi Abb. in c. à nobis, in 2. de sentent. excommuniat. Vel etiam respōderi potest, si argumentum á cōtrario sensu sumi debeat ex dict. l. ex placito, illud non concludere, nec probare, re secuta actionem competere ex placito permutationis, quasi ex ipso permutationis placito ortam, sed quasi ortam ex pacto rei traditione vestito; & sic per argumentum á contrario sensu probat tex. re secuta competere actionē, non vt ex nudo permutationis pacto ortam, sed vt rei traditione vestito; quod in sensu directo probat tex. in d.l. iuris gentium, versicul. Sed etsi in alium,

alium, vbi, loquens in conuentionibus, in quibus subest causa obligationis, quod in innominatis exemplificat, inde præscriptis verbis actionem nasci, probat.

Dicendum, itaque, est, contractum ipsum nudo partium consensu celebrari & effici, in quo conuenit cum nominatis iuris gentium conuentionibus, sed talem contractum ad obligationem & actionem producendam non sufficere donec causa illius subsit, idest, rei traditio, aut facti implementum, qua subsistente causa, oritur actio, non tamen vt à nuda conuentione exorta.

7 Et hoc quidem procedit non ciuili tantùm, sed etiam Pontificio iure; quo, leges ciuiles de innominatis contractibus loquentes, abrogatæ non reperiuntur; & ideo, iure illo, æquè vt ciuili, pænitentiæ locus erit, in contractibus innominatis, vt tenet Roman. in l. si pecuniam, num. 8. ff. de condict. ob caus. Bero. cons. 184. num. 11. lib. 1. dicens, esse ex mente Bart. & omnium, & pluribus contendit Mench. de success. creat § 12. ex num. 46. cum sequentib. & Padill. in l. naturalis. §. & siquidem, num. 18. ff. de præscript. verb. qui, communem sententiam pro hac parte esse, non dubitat; refert, & sequitur Gutierr. tract. de iuram. confirmat. 1. part. c. 35. num. 1. Et si alij contrarium teneant, quod veriori, & frequentiori calculo receptum esse, scripsit Mantic. d. lib. 1. titul. 8. nu. 17. sequitur Rebell. de obligationibus lib. 1. quæst. 3. sect. 2. num. 15. part. 2. & principaliter mouentur cōmuni alia quam ad pactum nudū probant Doctor. per tex. ibi in c. 1. extr. de pact. Qua ratione, & fundamento, idem tradunt Hispani aliqui ad ius Regium Castellæ, vt, nēpe, ex iure illo, quo ex nudo pacto actio oritur, oriatur etiam ex innominatis conuentionibus, nec pænitentiæ locus sit; vt probat Gregor. in l. 3. titul. 6. part. 5. verb. qualquier de las partes, ad fin. Parlador. cum relatis ab eo, quotidianar. lib. 2. c. 3. num. 32. & alij, quos refert & sequitur Gutierr. d. num. 1. Azeued. in l. 2. titul. 16. lib. 5 nou. recopil. num. 13. vbi receptiorem dicit ex Matien. ibi gloss. 2. num. 7. Quod tamen argumentum de pacto nudo ad contractus innominatos reciprocos, à diuersis est, & ideo non procedit, vt aduertit Mēch. d. § 12. num. 46. versicul. Denique; idcircò, etiam stante communi sententia circà pactum nudum de iure canonico, non ex ea inferri debet ad innominatos contractus; sicut nec de iure Regio Castellæ. Inter quæ iura, ciuile, scilicet, Pōtificium, & Regium nullam esse discordiam circá innominatas conuentiones, cum Mench. Padill. & Berengar. ab eo citatis tradit Felician d. lib. 1. c. 2. num. 11. Idquè magis suadetur ex eo, quia etiam secundùm ius ciuile, pactum nudū simplex, maioris roboris, & effectus est, quàm conuentio innominata reciproca, vt infr. apparebit; ex quo, multò minus approbandum est argumentum de vno ad alterum.

8 Cùm autem communi placito conueniant omnes, in his contractibus ante rei traditionem non competere actionem, saltem de iure ciuili, dubium erit, an res in iudicio consignata pro tradita habeatur, vt actio cōpetat? Et dubitandi rationem præstat regul. tex. in l. Labeo. 2. ff. de contrahend. empt. l. iure ciuili. ff. de condition. & demonstrat. cum gloss. in l si rem. § si quis sponsionis, verb. victori, in fin. ff. de præscript. verb. quam ibi sequuntur Bart. & alij, quibus probatur, conditionem contractus pro impleta haberi, quoties per eum contrahentem

hentem cum quo impleri debet, steterit, quòminus impleatur. Prætereà, pecunia solenniter ac loco debito consignata, prò soluta habetur. l. acceptam. C. de vsur. l. obsignatione. C. de solut. sic ergo de rei depositione seu consignatione deductæ in conuentionem innominatam dicendum videtur, vt pro tradita habeatur.

In contrarium facit, quia in his conuentionibus ante rei traditionem pænitentiæ locus est; potest, namque, quilibet contrahentium antequàm altera pars impleat, liberè à contractu resilire; & etiam is qui ex parte sua impleuit, ante alterius partis implementum pænitere potest, & repetere quod dedit, l 3. §. 1. l. si pecuniam. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. l. 1. in fin. ff. de rer. permutat. & est communis, ac vera sententia. Quanuis Gutierr. dict. cap. 35. numer. final. scripserit, in his contractibus, eum qui impleuit, ante alterius partis implementum pænitere non posse inuito altero, cui, inquit, ex implemento istius ius irreuocabiliter est quæsitum; quod à Viro docto, quia sinè lege, aut alicuius doctoris authoritate hoc ita scripserat, quasì obiter & inconsultò scriptum fuisse, existimabam, postea verò reperi, hoc tenere Mantic d. lib. 1. titul. 8. nu. 36. versicul. Sed aduerte, vbi inquit, non esse locũ pænitentiæ in contractu innominato post implementum ex vna parte secutum, quando alius paratus est implere, & potest; & ita, ait, tenere Iacob. Butric. & quicquid Bart. contradixerit, hanc opinionem sequi Bald. Nouell. in rubr. de verbor. obligat. nu. 17. versic. Quartus est. Nihilòminus tamen tenenda est communis, secundùm quam, qui impleuit, pænitere liberè potest ante alterius partis implementũ, vt probat d. l. si pecuniam, cũ alijs, & ex communi in l. iuris gentium in princip. ff. de pact. tradit Felician. dict. libr. 1. cap. 2. num. 11. vbi alios refert.

Vnde, quia in his contractibus pænitentiæ locus est, in quo valde deuiant à nominatis, ad quæstionem quam agimus, de illis non licet argumentari; apparet enim, quód dispar causa, & ratio est, in consignatione facta ad implementum contractuum nominatorum, de quibus loquitur regula anre dicta, cum iurib. citatis, ac in consignatione facta ad implementum innominatæ conuentionis; in illis enim, contrahens cum quo adimpleri debet, retrocedere nequit á præstito consensu, l. sicut C. de obligat. & action. & ideo si rem illi tradendam pro implemento contractus ex parte tradentis, recipere recuset, solennis illius consignatio pro traditione habebitur; quod in innominata conuentione longè aliter se habet; in qua is, cui res tradi, vel factum præstari debet, ad suscipiendum contractus implementum compelli non potest, si ab eo recedere eligat; non, itaque, cogi poterit, fictæ rei traditioni stare, qui ad veram ac realem cogi nequit. Et hanc opinionem in quæstione nostra, quòd rei oblatio & consignatio, non sufficiat pro implemento contractus, tenet gloss. in l. iuris gentium, in princip. verb. facias versicul Item quid, ff. de pact. quam ibi sequuntur Bart. & alij, extollunt, & communem dicunt citati à Gutierr. eandem secuto d. c. 35. nu. 3.

Ego verò, quæstionem hanc determinandam sic, censeo, vt is qui rem tradere festinat, vt contra alterum ex contractu experiri valeat pro implemento ex parte illius, iudicem adire debeat, cuius iussu alteri

denuntiatio fiat, vt rem in conuentione deductam illi oblatam recipiat, aliâs in iudicio consignandam, qui si á contractu recedere eligat, (quod potest) facta de hoc contestatione, rem suscipere non tenebitur, & per consequens cõsignatio illius frustratoria, ac nullius effectus erit; quód si nec rem recipere velit, nec à contractu resilire, vt ita interim actionis ortum contra se ex parte implere volentis impediat, legitima consignatio pro traditione habebitur; qua secuta competet actio contra eum cui res tradenda erit pænitentiæ loco illi præcluso. Atque ita in hac specie regula d.l. iure ciuili, cum supradictis, etiam in innominatis conuentionibus locum obtinebit.

9. Adeò autem ante reì, seu facti implementum, ex his contractibus non oritur obligatio, vt nec naturalem oriri, multi affirment; è quibus est Bald. in l. petens. C. de pact. & sæpe alibi, vt refert Mendoç. lib. 3. de pact. cap. 2. num. 1. ad fin. vbi & plurimos alios istius sententiæ Authores citat, quam communem dicit Padill. in l. naturalis. §. & siquidem, numer. 18. ff. de præscript. verb, sequitur Mench. dict. §. 12. num. 46. ad fin. Connan. lib. 1. commentar. cap. 6. nu. 12. Felician. de censib. dict. lib. 1. cap. 2. num. 8. Et adeó veram putat Alciat. in cap. cùm contingat, ad fin. de iureiur. vt nec iureiurando his contractibus adhibito, ante implementum naturalis obligatio nascatur ex illis, quem refert, & sequitur Mench. dict. §. 12. nu. 48. Ex quo consequens fit, quód iure gentium, vnde contractus isti sunt, pro illorum implemento non daretur manus regia, quæ dabatur pro simplici nudo pacto, vt ex communi tradidimus sup. in tex. sup. verb. *Obligationes instituta*. Quę consequentia legitima ac necessaria est ex sententia prędicta; nam, & stante contraria, nempe, ex contractibus innominatis respectiuis, naturalem obligationem ante implementum oriri, quàm tenuit gloss. magna ad fin. in d. l. petens, communiter recepta ibi, & in rubric. ff. de verbor. obligat. vbi latè defendit Rip. num. 41. post Socin. ibid. colum. 2. & 3. communem dicens, Gom. 2. tom. cap. 8. num. 4. versicul. Prętereà confirmatur, vbi refert Doctores hanc sententiam magis communem dicentes; quam post omnes sequitur Mantic. de ambig. conuention. d. lib. 1. titul. 8. num. 19. cum sequeti, Rebell. de obligation. libr. 1. quæst. 3. sect. 3. num. 19. part. 2. & latè prosequitur Ferdinand. á Mendoç. nullam admittens differentiam de iure gentium quoad obseruantiam nominatorum, & innominatorum contractuum, d. c. 2. ex nu. 2. Hac, inquam, gloss. & communi sententia stante, adhuc disputant Doctor. & in controuersiam deducunt, an pro contractu innominato reciproco ante illius implementũ manus regia daretur, naturalem illam obligationem ex contractu innominato reciproco debiliorem reputantes, quàm quæ ex simplici pacto nudo proficiscitur; de quo Rip. in dict. rubric. num 42. latè Hieronym. verius ibi ex num. 37. & Iacob. de Nigr. ibidem nu. 16.

10. Cæterùm, vt in quæstione proposita, quæ inter Scribentes valde controuersa, & anceps est, veritas appareat, recurrendum est ad rationem, quæ tanquám lucerna ardens abscondita reuelat, cur ius ciuile his conuentionibus actionem negauerit. Quæ quidem ratio longè distat ab illa quæ in pacto nũdo simplici assignari solet; cui actionem denegari, communiter asseritur, propter

propter animi leuitatem, qua tale pactum censetur emissum, ne sic temerè & inconsideratè homines efficaciter obligati reperirentur; quod claré cessat in innominatis reciprocis, in quibus talis animi promittentis leuitas & inconsideratio considerabilis non est, siquidem in eis alter alteri non promittit simpliciter, sed ob reciproci commodi causam, siue in dando, siue in faciendo consistentem, & idcircó reciproci, siue respectiui contractus nuncupari solent.

Nec etiam denegationis prædictæ ratio ea est quæ inter alias afferri solet contra communem gloss. sententiam in dict. l. petens, nempe, hosce contractus, instar conditionalium censeri, conditionemquè in implementi tempus suspendi, & ab eius euentu pendere, quasì, alter alteri visus sit promittere sub reciproco rei, vel facti in contractum deducti implemento, idcircò, quandiu illud pendet, nulla ex contractu nascatur obligatio, secundùm regul. l cedere diem infr. de verbor. significat. gloss. & omnes in l. item quia. §. 1. infr. de pact. Constat enim, innominatos contractus, per dictionem, *si*, quæ conditionem importat, aliquando concipi, vt in l. solent, infr. de præscript. verb. & quanuis per dictionem, *vt*, frequentiùs concipiantur, quæ modum importat, & non impedit ortum obligationis. l. quibus diebus. §. Termilius, vbi notant Bart. & communis. ff. de condit. & demonstrat. l. 1. & 2. vbi gloss. & Paul. C. de his quæ sub mod. ex quo communem sententiam cum glossa Sequentes, pro naturali obligatione ante implementum ex his contractibus oriunda argumentantur; contrariam Sectantes respondent, in contractibus innominatis, quia debiles sunt, modum à conditione non differre, quò minus vt conditionales semper censeantur, tam, cùm per particulam, *si*, quàm cùm per particulam, *vt*, celebrantur, vt in l. quoniam. C. de rer. permutat. d. l. solent, & ibi Paul. tradit Berengar. in l. pacta conuenta cap. 3. num. 65. ff. de contrahend. empt. sequitur Felician. dict. c. 2. num. 8.

Hæc tamen ratio sufficiens nõ est, vt propter eam dicamus, iure ciuili actionem fuisse negatam contractibus innominatis, quam nominatis reciprocis ante implementum ab altera parte secutum concessit; cùm enim quæritur, cur actio, quæ his impertita est, illis denegatur, non satisfacit qui dicit, illos, vt debiliores, conditionales semper censeri, vt ita obligationis ortus impendenti sit; sicut non satisfacit diuersitatis ratio quam Mantic. assignat, & ex communi Doctor. sententia esse, dixit, d. lib. 1. titul 8. num. 8. vbi inquit, differentiæ rationem esse, quia contractus nominati, sunt recepti, & approbati à iure ciuili, contractus autem innominati, non recepti, sed relicti in puris terminis iuris naturalis, seu gentium; hoc enim est quod quæritur, cur illi debiliores iure ciuili sint reputati, aut ab illo recepti non fuerint, vt illi fuerunt, cúm hos, & illos ius gentium æquè introduxerit reciproci consensus interuentu; vnde inspecta origine, æquè omnes firmi sunt, & æqua in omnibus vi ac firmitate placiti seruandi fides stabilita apparet.

Igitur, his omissis, quærenda alia ratio non est quàm quam ex communi placito sup. scripsimus ad deneganda his conuentionibus nomina, quæ alijs imposita sunt; totum enim hoc, tam quod ad nomen,

quàm quod ad obligationem & actionem attinet, ab eadem radice procedit, ſcilicet, à frequentiori contractus vſu ac commercio. Qua quidem ratione ſtante, apparet, in terminis iuris gentium, & origine inſpecta, contractus innominatos, & nominatos, eiuſdem vis & roboris eſſe. Certum, namque, eſt, innominatos, iure gentium ante pecuniæ vſum, vſitatiſsimos humano commercio fuiſſe; quod, vt alios omittamus, de permutatione conſtat teſtimonio Ariſtotel. libr. 1. Polyt. cap. 6. & libr. 5. Ethicor. cap. 5. & aliorum quos refert Felician. dict. cap. 2. numer. 2. & illa quidem ante pecuniæ vſum principalis inter omnes conuentio erat, & omnibus vſu frequentior. Eſſe verò innominatum contractum, communis probat, quam poſt alios, quos referunt, ſequuntur Molin. de contractib. diſputat. 253. numer. 10. tom. 2. Felician. dict. capit. 2. numer. 2. Atque ita apparet, rationem prædictam frequentioris, ſeu minus frequentis vſus, ob quam ius ciuile obligationem his conuentionibus negauerit ante implementum, in illis ceſſare inſpecto iure gentium, quo ſunt introductæ.

11. Tenendum igitur eſt cum gloſſ. in dict. l. petens, & communi ſententia, ex innominatis contractibus, ſimul ac conſenſu vtriuſque partis effecti ſunt, obligationem naturalem oriri; pro qua ſententia non parum ſtringit prædictum argumentum á ratione ceſſante; & multùm vrget quod de frequentiſsimo permutationis vſu diximus; quomodò enim credi poteſt, vt vſitatiſsima inter homines conuentio, quæ ſic communi gentium conſenſu recepta erat, communibus vſibus quâm maximè neceſſaria, naturalem obligationem non pareret iure illo gentium, quo, talis hic, tamquè neceſſarius contractus introductus fuit? Denique, veriſimile non eſt, ius gentium pro humanæ vitæ vſu & commercio neceſſarias conuentiones introduxiſſe, ita tamen debiles, & inermes, vt naturali ſua obligatione deſtitutas ſineret, nec aliquod pro complemento earum proderet remedium.

Nec obſtat communi ſententiæ, in his contractibus pænitentiæ locum eſſe, ita vt, is qui impleuit, ante alterius partis implementum pænitere poſsit, & repetere quod dedit, l. ſi pecuniam, ff. de condict. cauſ. dat. cum alijs, vbi Iaſon. numer. 2. regulam ponit cum fallentijs multis; de quo Mantic. dict. libr. 1. titul. 8. à numer. 31. cum ſequentib. ex quo videtur, naturalem obligationem illis non ſubeſſe, cùm inter alios vnus effectus naturalis obligationis ſit, exceptionem parere, & ſoluti repetitionem impedire; qua ratione coactus tradidit Galiaul. in rubric. ff. de verb. obligation. num. 79. & eum ſecutus Mantic. dict. titul. 8. numer. 19. in fin. in contractibus innominatis vtriuſque gratia celebratis, vt eſt permutatio, ſi res vnius ad alterum peruenit, qui ex parte ſua implere paratus ſit, non poſſe eum, qui priùs impleuit, pænitere, & rem ſuam ex hoc capite repetere; quod eſt contra communem, & pænitendi libertatem in contractibus innominatis iure ſtabilitam, magna ex parte deſtruit; idcircó non eſt probandum; & non obſtabit prædicta ratio, quæ quidem prima facie videtur multùm vrgere, ſi memoria recolatur quod tetigimus ſup. dum de pacto nudo ageremus

in tex.

in tex. super verb. *Obligationes instituta*, nempe, effectum prædictum & alios obligationis naturalis, iuris ciuilis esse, quia iure isto huiuscemodi effectus naturalis obligatio sortita est; vnde, ius ipsum ciuile ex causa aliquando prædictum impediendæ repetitionis effectum naturali obligationi abnegare potest, & alios, vt considerat Mench. ac latè tradidit lib. 3. de success. creat. § trigesim. nu. 32. cum duob. sequentib. ad obligationem naturalem quæ secundùm communem oritur ex stipulatione alteri facta. Quem vtique effectum repetitionis impediendæ negare lex voluit illi obligationi naturali quæ oritur ex contractibus innominatis, ex eadem causa qua ciuilem actionem illis negauit, de qua supra.

Resoluendo, itaque, dicendũ erit, obligationem naturalem, quam tales conuentiones ad fidem seruandam à iure gentium trahunt, vnde eæ originem trahunt, ius ciuile non abstulisse, nec auferre potuisse, sicuti auferre non potest naturalem æquitatem, qua naturalis ipsa obligatio constat, sed natiuam illam obligationem conuentionum innominatarum quã á iure gentium acceperunt, nudam ac simplicem, absque aliquo, inquam, adiumento ius ciuile dereliquisse.

12. Quanuis autem communem sententiam de naturali obligatione ex contractibus innominatis oriunda sic probem, probare quidem non possum quod ex ea vt certum & constans infert Molin. d. 2. tom. disputat. 258. num. 4. nempe, pænitentiæ locũ his contractibus iure concessum, in foro animæ locum non obtinere, quando alter ex parte sua implere paratus est, nec est in mora implendi; idem voluit Less. de iustit. & iur. lib. 2. cap. 17. dubitat. 4. num. 22. & pro eadem sententia alios refert, eandem secutus Rebell. de obligat. lib. 1. quæst. 3. sect. 3. num. 19. part. 2. quam tamen temperat, seu limitat ibi nu. 21. vt non procedat, quando rationabiliter præsumatur, contrahentes noluisse, se statim perfectè obligare; idem repetit lib. 10. quæst. 1. num. 19. Et certè videtur, quòd, qui cum communi tenet, ex innominato cōtractu ante implementũ obligationem naturalem oriri, tenere quoque cogatur, eum qui ex parte sua impleuit, ante alterius partis implementum repetere non posse, quod dedit, in animæ iudicio, in quo naturalis obligatio, naturalisquè æquitas qua illa sustinetur, maximè spectatur. Præterea, si naturalis hæc obligatio quam communis sententiæ Assertores defendunt, in foro animæ non operatur, verbalis obligatio videtur, verbalisquè & otiosa de ea disputatio; quãdo, effectus qui aliàs naturali obligationi iure competunt in exteriori iudicio, huic non competere, probent, pænitentiæ locum ante implementũ alterius partis in foro exteriori admittentes. Vt igitur naturalis obligatio quam tuentur in contractibus innominatis ante implementum, tam seriaquè ac lata disputatio de illa, verbalis omnino & otiosa non appareat, hoc saltem illi condonandum, ac necessariò fatendum videtur, vt in interiori iudicio valeat & liget. Ex quibus non dubito, facilè quemquam, qui communem sententiam sequatur, hoc pro certo habiturum; de quo non dubitat Mendoc. communis sententiæ acerrimus defensor, in responsione ad tertium pro contraria adductum d. lib. 3. c. 2. nu 15.

Pro cōtraria verò parte facit, quia, si dicimus, pænitentiæ locum in his contractibus, in animæ iudicio locũ

non habere, sed contrahentes illis stare debere, fateri cogemur, leges ciuiles de hoc latas, iniustas esse, ita vt, qui ex illarum constitutione pœnitere velit, & à contractu recedere altero inuito, qui parere paratus est, nec est in mora parendi, id sine salutis æternæ dispendio facere nequeat; quod libenter agnoscit Molin. d. disputat. 258. num. 4. ita, vt ita recedentem, ac repetentem quod dedit, ad restitutionem arctet. Nec ille quidem, ciuiles leges contrarium statuentes, vt injustas, editas ab ethnicis hominibus qui salutem animæ non curabant, damnare dubitat in num. sequẽti, vbi ait, posse summũ Pontificẽ, ac debere, abrogare leges ciuiles quæ in contractibus innominatis pœnitentiam admittunt, conceduntquè repetitionem eius quod ex altera parte ritè solutum est; & subdit, quòd fouent peccata, & lites multiplicant; & quòd omnia quæ de pacto nudo, & vestito, & contractibus innominatis, & nominatis, subtiliter potiùs, quàm vtiliter, de iure ciuili ab ethnicis hominibus inuenta atque introducta sunt, aboleri deberent. Atque ita hoc est iudicium doctissimi & religiosissimi Viri in leges nostras pœnitentiam admittentes in contractibus innominatis.

13. Quas ego nihilòminus iustas iudico, vt & probauit Rebell. d. lib. 1. quæst. 3. num. 21. versicul. Ad fundamentum, contra asserentes contrarium, de Molin. sentiens, quem nuncupatim citat lib. 10. quæst. 1. num. 18. & vt iustas leges super vero ac certo statuentes, in animæ quoque iudicio locum habere, puto, ita vt in eo non peccet, qui lege ciuili vsus, à contractu innominato recedere eligit, & repetere quod dedit, ante alterius partis implementum, tametsi ille, implere, paratus sit, nec sit in mora. Quanuis enim ciuiles leges ab ethnicis hominibus editæ sint, negare tamen nemo potest, Iurisconsultos, quorum responsis magna ex parte leges constant, & conditores earum, præstantissimi iudicij viros fuisse, quasì Deus illos in commune orbis commodum, naturalis iudicij mensura ampliori ad forenses moralesquè actiones cumulasset, ita vt, quicquid consultò de iure respondissent, quod postea Iustiniani Imperatoris iussu in legum catalogum redactum fuit, eam pro se iuris & iustitiæ præsumptionem habeat, eamquè apud omnes Christiani Orbis partes authoritatem, vt pro lege seruetur, quod specialibus Principum constitutionibus, & consuetudine locorum abrogatum non extiterit. Nobis igitur non licet, ciuiles leges de contractibus innominatis editas, iniquas, & peccati nutritiuas dicere, sed vt iustas obseruare debemus; maximé, quia & Pontificio iure receptæ traduntur ex communi sententia, de qua sup.

14. Et quod attinet ad pacta nuda, etiam stante iure ciuili, & exclusa iuris Canonici constitutione, cum communi sententia per tex. in cap. 1. extr. de pact. semper dicerem, ea in animæ iudicio ligare, quia leges ciuiles his pactis actionem negantes, prę sumptiuè statuunt, quasì animi leuitate ea emissa reputantes, vnde in animæ iudicio locum non habent, vbi veritas in contrarium constat, iuxta communem regulam de qua Abb. in c. Raynaldus num. 14. de testament. Et ita de obligatione pacti nudi secundùm conscientiam tradit Exea de pact. fallent. 9. principal. nu. 354. cum sequentib. Ex quo, ad illius implementum procedi posse per viam denuntiationis Euangelicæ, est commu-

communis traditio cum Bart. in extrauagant. Ad repprimédum, verb. per denuntiationem, de quo fusè idem Exea fallent. 12. ex num. 367. cum sequentib.

At verò leges de contractibus innominatis, super vero ac certo contrahentium consensu statuunt, liberam in eis pænitentiam admittentes; actionemquè ante implementum negantes ex ratione de qua sup. quæ super vero nititur. Non video igitur, si leges has, iustas affirmare debemus, quo colore, eas locum habere in animæ iudicio, negare possimus: & quidem Rebell. etsi contrariam opinionem probabiliorem esse, dixerit dict. quæst. 3. num. 19. cum hac regulariter in effectu resider attenta limitatione quam subdidit d. num. 21. & sequenti; in qua facilè ac sinè contentione vlla omnes conuenient, qui tenent, naturalem obligationem non oriri; cùm tunc nulla subsit causa, vnde in animæ iudicio stare contractui ante implementum, necessè sit. Et leges quæ super certo fundantur, & disponunt, etiam in animæ iudicio locum sibi vendicant, iuxta gloss. & communem in c. quæ in ecclesiarum extr. de constitut. Felin. in c. Canonum statuta, num. 47. eod. titul. diximus sup. verb. Locationes, conductiones, sub nu. 98.

15. Et non obstant quæ sup. pro parte altera notauimus stante communi sententia, quæ probat, ex his contractibus naturalem obligationē oriri; ad primum enim respondetur, verè quidem, naturalem hanc obligationem in animæ iudicio tenere, ita vt in eo, vterque contrahens stare conuentioni, teneatur; veruntamen tandiu vnusquisque tenetur, quandiu eum non pænitet, si enim legis ciuilis auxilio vti velit, etiam in hoc iudicio pænitere liberè poterit. Et, vt res exemplo manifestetur; ponamus; quòd Petrus, & Ioannes conuenerunt de equo ab altero alteri dando; vt pro eo ad Curiam Regis iret; is qui equum dare conuenit, antequàm det pænitere potest, & etiam postquâm dederit, sumptibus, si quos alter fecit conuenti itineris causa, illi repensis, iuxta l. si pecuniam. ff. de condict. cauf. dat. si tamen pænitere nolit, sed stare contractui, tenebitur in foro animæ, dare quod promisit, haud quaquâm excusandus ex eo; quia secundùm leges, alter quandiu ex parte sua nō implet, obligare eum nequit; hoc enim ideo est, quia secundùm leges non competit actio ei qui nondum impleuit, at veró naturalis obligatio vtrinque statim contrahitur secundùm communem sententiam; quæ naturalis obligatio quādiu contractus stat, animam ligat; stat autem contractus & perdurat, quandiu alterutrius pænitentia non irritatur. Denique, vnius pænitentia in contractu innominato idem operatur; quod pænitentia amborum in nominato; constat autem, quôd nominatus contractus statim ab initio obligationem producit naturalem, ac ciuilem, & tamen si postea pari vtriusque consensu à contractu recedatur, nulla manet obligatio; sic similiter innominatus contractus statim ab initio naturalem producit obligationem, quæ tandiu durat, quandiu cōtractus ipse durat; durat autem, quandiu pænitentia vnius contrahentium non receditur ab eo; idcircò interim in animę iudicio, is, quem non pænitet, implere tenetur, & rem promissā dare, vel factum præstare, quanuis alter cui dandum, aut faciendum est, ex parte sua nondum impleuerit, dummodó tamen in mora implendi non sit; tunc enim nec in animæ iudicio seruanda

seruanda fides erit fidem non seruanti. Atque ita apparet responsio ad primam obiectionem de qua sup. qua, secunda quoque obiectio tollitur, siquidē de naturalis obligationis istius effectu in animæ iudicio, ex responsione ad præcedentem bene constat.

16. Ex qua resolutione infertur, etiam adhibito iuramento licitam esse pænitentiam in contractibus innominatis, vt tenuit Alc. in c.cùm cōtingat, ad fin. de iureiur. Cùm enim de natura contractus innominati sit pænitentia ante alterius partis implementum, adeò, vt & iure Canonico, quo ciuile in hoc non inuenitur correctum, & in animæ iudicio impune pænitere liceat, vt tradidimus, iuramentum contractui appositum, non debet tollere hanc pænitendi facultatem illi natura sua insitam; id enim esset operari contra naturam contractus cui apponitur, cùm potiùs secundùm eam accipi debeat, iuxta regul. l.final. C. de non numer. pecun. secundùm quam, qui iurauit implere quod promisit innominata conuentione, intelligendus est, iuramentum apposuisse ad maiorem pręstandæ fidei securitatem, iuxta contractus naturam, id est, quando ad id competat actio, quæ ante implementum non competit, vt tradidimus. Iuuat quod de iuramento de non reuocando testamento communis tradit cum Bart. in l.si quis in principio col.final. ff. de leg. 3. vt illo non obstante reuocari testamentum liberè posit; quod ex eo est, vt infra trademus. c.sequenti, de clausula iuramenti, quia iuramentum non potest tollere substantiam actus cui apponitur; cuiusmodi est in testamento, libera reuocandi facultas; sic ergo, quia facultas hæc competit in contractibus innominatis è natura eorum, iuramentum non debet operari contra eam; maximè, cùm secundùm illam accipi posit, prout in præsenti. Quarè Alc. sententiam magis probo contra Corn. in Auth. sacramenta puberum, quæst.14. C.si aduers. vendit. quem sequitur Gutierr. cū alijs quos refert, de iurament.confirmat. 1 part. c.35.ex num.2.& ibi nu.3.ad fin. alios refert eandem sententiam tenentes & communem tradentes; pro qua Parlador. eandem secutus quotid.lib. 2.c.4.num.23.citat gloss. in l.si pecuniam verb. necesse. ff. de condict ob caus. quam, inquit, omnes ad vnum Interpretes ibidem sequuntur; citat etiam gloss. illam, & communem refert, & sequitur Mantic. de ambig. conuentionib.d.lib.1.titul.8.num.35. Quæ quidem opinio securior est saltem in animæ iudicio, præsertim quia communis est; sed mihi ex supra dictis prima verior videtur.

17 Sciendum verò est, innominatos contractus, alios eiusmodi esse, vt nec rei traditione nomen suscipiant, nec naturam nominatorum: cuiusmodi sunt ij de quibus hactenus egimus, innominati respectiui ad quatuor illa capita pertinentes, de quibus in.l.naturalis, cum §.§.suis.ff. de præscript. verb. Alij vero cùm ab initio in celebratione eorum sint innominati, à rei traditione nomen suscipiunt, & efficiuntur nominati; cuiusmodi sunt illi, in quibus obligationes re contrahi dicuntur, vt mutuum, commodatum, & pignus. In his enim præstitus consensus ante rei traditionem, nihil aliud efficit quàm pactum nudum, videlicet, pactum de deponendo, commodando, aut mutuando, quod, non esse contractum nominatum, nec actionem producere, nisi habeat alia vestimenta,

ta, scripsit Bart. in. l. iuris gentinm, num. 2. versicul. Modò aduerte, ff. de pact. sequitur Alc. in. l. qui pecuniam, col. 2. ad med. ff. si cert. petat. Quod adeò verum est, vt etiam iure nouiori, quo nudum pactum de donando efficax est ad agendum, ex. l. si quis argentum. §. penult. C. de donation. pactū de mutuando, & commodando, inefficax maneat, vt tenuit Cost. in. l. si ex cautione, quæst. penult. num. 2. versic. Fulgos. tamen C. de non numerat. pecun. secutus Bart. d. l. iuris gentium. d. num. 2.

Atque ita apparet, commodatum, mutuum, & similes contractus, qui ab executionis actu denominantur, ex quo nominati incipiunt esse, ante executionem ipsorum, nominatos contractus non esse, sed innominatos simplices; vnde innominatorum simplicium naturam interim sequentur, qui ab innominatis respectiuis non nihil differunt, vt colligi potest ex ijs quæ circà pactum nudum tradidimus sup.

18. Ex hac autem obseruatione infertur ad rationem, cur in quibusdam ex contractibus obligationes re contrahi dicuntur, vt in illis, de quibus diximus; in alijs veró, consensu contrahi dicuntur, vt in emptione & venditione, locatione & conductione, & similibus. Cuius differentiæ ratio non ita peruia est, sicut enim commodatum non intelligitur fieri sinè re quæ commodetur, nec depositum sinè re quæ deponatur, ita nec emptio, nec venditio, sinè re quæ veneat, potest intelligi, vt Pompon. ait in l. nec emptio. ff. de contrahend. empt. Quo in loco notandus est Iurisconsult. qui non dixit, Nec emptio, nec venditio, sinè re quę veneat, contrahi potest; sed ait, *Nec emptio, nec vē-ditio, sinè re qua veneat, potest intelligi*; innuens, scilicet, emptionem, sinè re quę veneat, nec metaphysicè quidem per operationem intellectus percipi posse. Est enim res, de substantia cōtractus; rei autem appellatione, & spes ad eam intelligitur, nam & spei emptio est. d. l. nec emptio. l. si iactum ff. de actionib. empt. quod sup. latiús explicuimus ad tex. ibi, *emptiones, venditiones*. Sic, itaque, apparet, quòd, qui dixerit, in commodato, & similibus, ideo, obligationes re contrahi, dici, quia contractus illi sinè rei interuentu consistere nequeunt, idoneam differentiæ rationem non afferet inter hos, & illos contractus: cùm nec illi sinè re consistāt. Et hoc est quod quærimus, cur in alijs, obligationes re contrahi dicantur, in alijs, solo consensu, cùm nominati contractus sint omnes, & eodem iure omnes introducti. Vnde videbatur, quód, sicut ex consensu ad vendendum & emendū præstito contrahitur obligatio, ita etiam contraheretur ex mutuandi, & commodandi consensu. Et quidem non dubito, eam nascituram in terminis iuris gentium, vnde hi contractus proficiscuntur; nec enim illius iuris nuda simplicitas discrimen nouerat quoad cōtractus perfectionem, inter hanc conuentionem, *vendo tibi equum meum*, cúm is statim non traderetur; & hanc, *equum meū tibi commodo*; sicut enim in illa, ita & in ista, ex consensu ipso actio nasceretur pro fidei implemento. Sed ex iuris ciuilis obseruatione aliud dicimus, & differentiam prædictam agnoscimus, cuius rationem inuestigamus.

19. Pro ratione igitur dicendum erit, quòd iuris gentium conuentiones, aliæ natura sua obligationē producere nequeunt in vnius ex contrahentibus persona ante rei conuentionalis traditionem: aliæ natura sua

parere

parere possunt obligationem in persona vtriusque ante rei traditionem. Ad priorem speciem pertinent mutuum, commodatum, precarium, & similes: ad posteriorem, emptio & venditio, locatio & conductio, & id genus aliæ. Quomodó enim obligari possunt ex mutuo qui nondum mutuum receperunt? Et sic in commodato, & similibus; in quibus, re ipsa patet, quòd vtriusque partis cõsensus, ante rei traditionem, in vtriusque persona obligationem, & actionem parere nequit, nõ præexistente, scilicet, ad id materia (quæ est rei traditio) vnde obligationis forma pullulet. Quod in venditionibus, locationibus, & similibus longè aliter se habet; in quibus, constat, materiam contractus esse talem, vt solo consensu obligari posit vtraque pars, vnus ad pretij solutionem, alter ad rei traditionem, vel, si tradendi facultas non adsit, ad id quod interest. Hac ergo de causa, & si hæ, & illæ conuentiones iuris gentium æquè sint, & nominatæ omnes, natura tamen contractus, & materia sic exigẽte, in illis, obligationes re contrahi, dicimus, in his nuda consentientium voluntate.

20 Quanuis autẽ, in permutatione, materia subesse videatur, ad producẽdam hinc inde obligationem ante rei traditionem, ex alio tamen ante eam non producitur, quia, nempe, natura sua innominata conuentio est, idcircò ante implementum non oritur ex ea obligatio, aut actio, vt antea tradidimus. Quam rationem assignat Paul. Iuriscõs. in. l. 1. ff. de rer. permutat. dicens, *Permutatio autem ex re tradita initium obligationi prabet, alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus? quod in his duntaxat receptum est, qua nomen suum habent.*

21 Ex quibus notandum est, contractus innominatos, & nominatos quorum obligationes re contrahuntur, in eo conuenire, quòd sicut innominati ante rei traditionem ex altera parte secutam, nullum contrahentium obligant, ita ex nominatis quorum obligationes re contrahi dicimus, ex præcedente consensu ante rei traditionem nulla nascitur actio, nec obligatio efficax, in primis enim, quòd non nascatur contra eum qui mutuum rogat, aut commodatũ, ex prædictis patet; quia istius obligatio, ad rei receptæ restitutionem, & satisfactionem est, cui ante ipsius rei receptionem nullo iure locus esse potest. Contra illum verò á quo commodatum, aut mutuum fieri speratur, ex consensu non oritur actio, quia ex consensu alteri præstito, de commodando, aut mutuando illi, nihil aliud interim resultat quám nudum pactũ de commodando, aut mutuando, quod iure ciuili actionem non producit, nec etiam nouiori iure, ex constitutione. l. si quis argentum §. penult. C. de donat. & innominata interim cõuentio est, vt sup. tradidimus ex Bart. d. l. iuris gentium, num. 2.

Et adeò quidem conuentiones hæ, & alię natura sua semper innominatæ in obligationis ortu conueniunt, vt, sicut in illis sup. probauimus contra gloss. 1. in l. ex placito. C. de rer. permutat. ex ipsa rei traditione, seu facti implemrnto actionem oriri, & non ex præcedente consensn, ita in his quæ ante traditionem nomine carent, & illa secuta nominatæ efficiuntur, idem sit, scilicet, actionem in illis non ex præcedente consensu, sed ex ipsa rei traditione oriri. Quod in his probauit d. gloss. 1. in princip. etsi in alijs diuersum tradat, cuius non meminit Gom. eandem sententiam pro-

probans. 2. tom. c. 8. num. 1. versicul. Ex quo infertur.

22 Quanuis autem inter contractus nominatos, & innominatos omnes differentia sit circá obligationis & actionis natiuitatem, quia in nominatis ex conuentione ipsa, qua nomen suscipiunt, vtrinque nascitur obligatio, vt in titul. instit. de obligation. ex consens. l. 2. ff. de obligat. & actionib. & sæpe alibi, in innominatis, ex rei traditione; in eo tamen conueniunt omnes, quòd cōsensu omnes fiunt, & celebrantur, vt tradit Mantic. de ambig. conuention. lib. 1. titul. 11. num. 3. & in titul. sequenti, num. 4. tom. 1. commodatum enim, mutuum, & similes, qui nomen, & actionem ab exequendi actu sibi mutuantur, substantiam cōtractus ab ipso cōsensu capiunt. Ex quo cautè in iure nostro scriptum puto titulum, *Quibus modis re contrahitur obligatio*, vt in lib. 3. institut. & in. l. 1. ff. de obligat. & actionib. scriptum legimus, non verò habemus titulos distinctos, nec leges, de contractibus ex re, aut ex consensu; quia, nempe, consensu omnes fiunt, & celebrantur, vt diximus, etsi obligationes omnium, consensu non contrahantur; in quo inter eos stat differentia. Et non solùm commodatum, & similes contractus, sed alij etiam, qui, quanuis traditione secuta actionem pariant, vt isti, nomine tamen proprio, ac specifico semper carent, etiam consensu fiunt, & celebrantur.

23 Et non obstat. l. 1. versicul. Item emptio, ff. de rer. permutat. vbi Iurisconf. ait, emptionem & venditionem nuda consentientium voluntate contrahi, contrarium in permutatione, ac reliquis innominatis conuentionibus edocens: debet enim intelligi de emptione, & venditione contracta, prout eo ipso quó contracta est, obligationem, & actionem parit; in quo, permutatio, & innominati alij contractus ab ea differunt. Quam differentiam Iurisconsult. ibi insinuat; postquàm enim dixit, emptionem ac venditionem nuda consentientium voluntate contrahi, non subiunxit, quòd permutatio re tradita contrahitur, sed ait, *Permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet*: atque ita aduersatiua illa, *autem*, obligationem contractus euidenter respicit, & determinat, non verò contractum ipsum. Ex quo planè deprehenditur mens Iurisconsul. eo in loco, vt, nempe, fuisset, docere differentiam quæ est inter nominatos contractus, & innominatos, in producenda obligatione, de qua loquitur ibi, non verò in celebratione, & confectione eorundem, in qua omnes conueniunt, quia omnes consensu celebrantur, & conficiuntur, vt diximus, & ex eodem Iurisconf. Paul. in. l. 1. versicul. final. ff. de contrahend. empt. & in. l. 1. ff. locat. obseruauimus sup. in. tex. cúm de emptione tractaremus.

24 Vltimò, in hac materia contractuum innominatorum notandum est, raró illos hodie per publica instrumenta celebrari, vt aduertit Bart. in. l. 2. C. de condict. ob caus. num. final. propterea quòd notarij subijcere semper solent instrumentis publicis quæ condunt, stipulationem, tradit Ias. cum Paul. & Alex. ab eo relatis, in l. si pecuniam, num. 2. limit. decim. ff. de condict. caus. dat. (quod etiam nostri obseruant) quæ est contractus nominatus, vt cum cōmuni sententia probauimus sup. priore leg. part. cúm de stipulatione ageremus ad tex ibi, *exceptis quibusdam. &c.*

25 Et stipulatio subiecta contractui innominato facit illum transire in con-

contractum nominatum, ita quòd pænitentiæ locus non sit, prout fuisset si stipulatio non adesset, vt cum Alex. cons.40. Super primo in fin. num.17. versic. Cùm autem quęritur libr. 4. tradit Tusch. pract. tom.7. concl.701. sub lit. S. num.3. Azor institut. moral. lib.11. c.1. versicul. Item inducta est, 3. tom. & eum Socin. Iun. in rubr. de verbor. obligat. num.36. cum pluribus sequentib. contra Senior. ibi nu. 24. sequitur, & communem dicit Mantic. de ambig. conuention d lib. 1. titul. 8. num.33. in fin.

Cæterùm, quia notarij nostri cùm stipulationem apponunt, absentium nomine, quos negotium tangit, apponunt, tanquàm personæ publicæ alijs stipulantes; quod iure possunt, iuxta. l. nō aliter, ff. de adoptionib. l.1. §. exigere, ff. de magistratib. conueniend. l.2. ff. rem pupill. salu for. tradit gloss. & Doctor. ibi in. §. si quis alij instit. de inutilib. stipulat. Tiraq. de constituto. 3. part. limitat. 30. & alijs citatis Couar. lib. 1. var. c.14. num.11. Gom. 2. tom. c.11. nu.18. versicul. Tertius casus, Exea de pact. num.179. & ex num.188. cum sequentib. agit, an ex stipulatione notarij quæratur actio absenti ante acceptationem illius, Peregrin. de fideicommiss. art.51. nu. 13. 14. 50. & 51. vbi etiam de absentis acceptatione, latè decisio Pedemont. 70. ex num. 1. cum sequentib. vbi ex professo res agitur, videtur, stipulationem talem non debere prodesse contrahentibus qui intersunt confectioni instrumenti, quasi, non illorum, sed absentium duntaxat nomine interpositam; atque ita contractus innominatus in scriptura publica celebratus, non obstante stipulatione interposita absentium nomine, si quos ille tangit, quoad præsentes innominatus manebit. Quod verum non puto, ne eueniat, vnum & eundem contractum diuersimodè censeri, & maioris vis & roboris esse respectu absentium, quàm præsentium qui contraxerunt, & quos negotium principaliter tangit. Dicendum est, igitur, notarij stipulationem, tametsi dicatur interposita nomine absentium, ad pręsentes quoque porrigi, quasi, illi tacitè voluissent, contractum innominatum quem celebrauerunt, stipulationis vinculo alligare.

26 Quanuis aliàs in dubio, contractus, innominatus potiùs cēsendus sit, quàm nominatus, iuxta communem, quam pluribus citatis probat Valasc. de iur. emphyteut. quæst. 6. nu.4. Menoch. de præsumption. lib. 3. præsumpt 39. ex nu.1. Molin. tom. de contractib. disputat. 253. nu.8. Rebell. de obligation. 2. part. libr. 1. quęst. 1. num.36. per l.1. infr. de ęstimator. act. l.1. & 2. infr. de pręscript. verb.

Differentiæ tertiæ

SVMMARIA.

1. *Contractus, alij bonæ fidei sunt, alij stricti iuris; & probatur communis sententia asserens, omnes principis contractus, bonæ fidei contractuum naturam induere; ampliatur etiam in contractu cum non subditis gesto.*

Contractus stricti iuris inter mercatores celebrati, bonæ fidei contractus non reputantur, tametsi ex bono & æquo iudicari debeant, ibi in versic. De illo non dubito.

2. *Bonæ fidei contractus, cur sic dicantur, & cur alij stricti iuris, declaratur. Et inquiritur ratio ob quam magis hi, quàm illi, bonæ fidei sint. Et quadam aliorum rationes referuntur, & num.*

& num. sequenti.

3. Explicatur Iuliani responsum in l. non omnium. ff. de legib.

4. Differentiæ ratio assignatur inter cõtractus bonæ fidei, & stricti iuris, & exemplificatur in mutuo, stipulatione, emphyteusi, & censu, qui omnes, sunt contractus stricti iuris.

5. Differentiæ multæ sunt inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris, quæ traduntur remissiuè.

6. Dolus dans causam contractui stricti iuris non reddit contractum nullum ipso iure, sed rescinditur contractus per actionem de dolo, aut exceptionẽ. Contractus bonæ fidei tali dolo interueniente nullus manet; nec iuramento firmatur. Idem in distractu.

7. Vsura, & accessiones ex contractibus bonæ fidei in quibus de illis actum non est, à tempore moræ debentur; non sic in contractibus stricti iuris.

8. Iure Pontificio nec ex bonæ fidei contractibus post moram debetur vsura, quatenus est vsura, sed quatenus interesse damni emergentis, aut lucri cessantis.

9. & 10. Felician. opinio refellitur, tradentis, Pontificio iure recompensatiuas vsuras deberi ex contractibus bonæ fidei, & in his iure illo durare differentiam inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris.
Et quid de vsuris percepti commodi recompensatiuis in casu l. curabit. C. de action. empt. d. nu. 10.

11. Mouetur difficultas contra leg. ciuiles vsuras post moram admittentes in contractibus bonæ fidei.

12. Leges quibus traditur, vsuras post morã venire in contractibus bonæ fidei, intelliguntur cùm id æquitas suggerit; & tunc iudicis officio exigũtur, quod nõ cõpetit nisi æquitate existẽte.

13. Intelligitur l. socium qui in eo. ff. pro soc. & l. 1. §. 1. ff. de vsur. nu. 14.

15. Intelligitur d. l. socium qui in eo, in versicul. Sed si aut vsus.

16. Explicatur, & intelligitur tex. in l. si procurator. §. idemque. ff. mandat. cũ alijs, quibus, in bonæ fidei iudicijs, vsuras venire, traditur.

17. Concluditur, iuris ciuilis differentiam quod ad vsuras attinet inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris, iure Canonico non habere locum.

18. & 19. Vsuras ratione damni emergentis, aut lucri cessantis, omni iure licitas esse, adeò, vt & in contractum mutui pacto deduci possint, ex communi sententia traditur.
Et an vsuræ hæ veniant in contractibus stricti iuris, quando de illis expressè actum non est. d. nu. 18. in versiul. Atque ita, & nu. sequenti.

20. Probatur, cõtractuum distinctionem inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris, iure ciuili inductam, Canonico iure seruari. Et an in foro animæ eadem distinctio locum sibi vendicet, affirmatiua pars defenditur, nu. 21.

22. 23. & 25. Ponitur communis differentia circà fructus post moram inter contractus bonæ fidei; & stricti iuris. Et contra glossam communis opinio probatur, quæ tradit, fructus iudicis officio venire, & non iure actionis, quando ex natura contractus debentur.

24. Fructus cùm iure actionis debentur, etiam post latam sententiam super principali peti possunt; cùm verò debentur iudicis officio, lata sententia super principali, lis alia super illis instaurari nequit.

25. In actionibus bonæ fidei veniunt fructus à tẽpore moræ. Item in actionibus stricti iuris quando peto quod fuit meum, aliàs post captũ iudicium. Limitatur in condictione indebiti, & ob causam.

26. Eadem circà fructus moram differentia inter contractus bonæ fidei. &

stricti iuris, iure Canonico procedit.

27. *In contractu emptionis & venditionis fructus pertinent ad emptorem à tempore quo perficitur contractus, etiam antequàm venditor sit in mora tradendi.*

Fructus pendente cōditione percepti, illa postea existente pertinent ad emptorem, Ibi in versic. Quod adeò. Et an in casu isto teneatur emptor vsuras pretij rependere pro quantitate fructuum perceptorum pendente conditione. nu. 28.

29. *Cùm, rem tradi, est in obligatione, soluendo interesse liberatur debitor; sed in obligatione, rem dari, non liberatur soluendo interesse, explosa differentia in hoc inter cōtractus bonæ fidei, & stricti iuris, contra gloss. cum communi.*

30. *Communis sententia & regula traditur, secundùm quam in faciendi obligationibus succedit obligatio ad interesse. Limitatur in obligatione rem tradendi ex contractu emptionis & venditionis, & aliàs remissiuè.*

31. *An in contractibus stricti iuris veniant ea de quibus non est actū, nec cogitatum, vt in bonæ fidei iudicijs.*

32. *Gloss. sensus in quæstione prædicta explicatur, & defenditur, constituta differentia inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris, circà ea de quibus non est actum, & verisimile est, quòd nec cogitatum tempore contractus. Etiam in contractibus stricti iuris veniunt ea quæ, verisimile est, cogitasse contrahentes, licèt non expreßissent. Ibid. & nu. 34.*

33. *In contractibus bonæ fidei veniunt ea de quibus non est actum, quanuis nec de illis contrahentes cogitassent, quādo id æquitas exigat.*

34. *In contractibus stricti iuris veniunt ea quæ, verisimile est. cogitasse cōtrahentes, vt in exemplis hic adductis, & nu. sequenti.*

35. *Mutuum non solutum tēpore statuto, debet solui per æstimationem secūdùm moræ tempus. Intelligitur tex. in l vinū ff. si cert. petat. & in l final. ff de condict. triticar. & nu. sequēti.*

36. *In quæstione, an debitore in mora cōstituto per extraiudicialē interpellationē, secundùm moræ tēpus æstimatio rei debeatur in contractibus stricti iuris, glo & cōmunis opinio refertur, & probatur, affirmatiuè respondens.*

37. *Differentiæ ratio aßignatur inter fructus, & rei æstimationem. Et explicatur Bart. sensus in l si filiusfamilias. §. cùm fundum. ff. de verbor. obligat. ibi in versic. Et secundùm.*

38. *Æstimatio rei debita secundùm moræ tempus, cū mora initio incipit, & cum illa crescit, quandiu durat. Respondetur ad leg. quæ varia moræ tempora declarant pro rei æstimatione soluenda, ibi in versic. Nec leges.*

39. *In contractibus bonæ fidei æstimatio crescit à mora etiam irregulari; in strictis verò iudicijs, à regulari. Intelligitur tex in l. 3 § si per venditorem. ff. de action. empt. ibi versicul. Quod verò.*

40. *Agitur de l 3. §. in hac ff commodat. & Bart. intellectus refertur, & confutatur.*

41. *Iuramentum in litem defertur in pœnam doli aut contumaciæ, & regulariter in bonæ fidei iudicijs locū habet; non in actionibus stricti iuris. Et differentiæ ratio aßignatur.*

42. *Actiones stricti iuris post sententiam trāseunt in arbitrarias; & ex alijs etiā causis, actio stricti iuris, fit arbitraria. Iuramentum in litem præstari potest propter dolum absque contumacia cōmissum, ibi in versic. Et certè. Iuramentū in litem, subsidiarium remedium est, & non defertur pro re immobili, sed pro mobili, si militaris*

manus

manus auxilio auferri nō possit. Ibid. versic. Et tunc quidem. Et intelligitur tex. in l. si cui locauerim, versic. Qui seruum. ff. locat. ibid.

Communis differentia inter actiones bonæ fidei, & stricti iuris, circà delationem iuramenti in litē, procedit in delatione illius propter dolū sinè cōtumacia cōmissū. d. n. 42. vers. At verò.

43. *Intelligitur tex. in l. 3. §. in hac. ff. cōmodat. secundùm Azon.*

44. *Respondetur ad argumentum Bart. contra Azon. de reg. l. non solet. ff. de regul. iur.*

Perempta re non crescit æstimatio quanti plurimi post illius interitum d. nu. 44. in fin.

45. *In his quæ pondere, numero, & mensura consistunt, quando eius naturæ res sunt, quæ intra collectionis suæ annum distrahi solent, non crescit æstimatio vltra illum.*

46. *Agitur de Ord. lib. 4. tit. 20. ad æstimationem quanti plurimi frumenti venditi, aut mutuati: &, in quo à iure communi deuiet, declaratur. Et numer. sequentib. vsque ad fin.*

Differentia tertia.

De contractibus bonæ fidei, & stricti iuris.

1. Tertia ac principalis contractuum inter se differentia, seu diuisio, ea est, iure quidem celeberrima, quæ fit inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris. Sunt autem bonæ fidei contractus, quorum actiones bonæ fidei dicuntur, & enumerantur in §. actionum, & § sequenti, instit. de act. Alij verò contractus quorum actiones illic non continentur, stricti iuris sunt, iuxta doctrinam gloss. 1. & omnium in d. §. actionum. Præterquàm si sint gesti cum principe, nam contractus omnis cum principe celebratus, etsi non sit ex contentis in d. §. actionū, habet naturam contractuum bonæ fidei, secundùm Bald. in c. 1. per tex. ibi, verb. bonæ fidei, in titul. de pace Constant. col. 33. versic. Si quis veró, quod notabile reputat Ias. in d. § actionum, notab. 1. & in l. ciuitas. nu. 8. ff. si cert. petat. & sæpe alibi; sequitur Dec. in c. 1. num. 1. de probationib. Plot. de in lit. iurand §. 22. num. 3. & alios referens Matienz. in. l. 3. titul. decim. glos. 2. n. 7. lib. 5. recop. Peregr. cum citatis ab eo tract. de iur. fisc. lib. 5. tit 1 n. 36. vbi idē dicit de contractibus cum fisco celebratis: post omnes Mātic. de tacit. & ambig. conuent. lib. 1. tit 9. nu. 45. vbi plures refert, tom. 1. Et est communis sententia, vt tradit Ludou Gomes d §. actionum, col. 3. & alij citati á Valasc. de iur. emphyt. q. 5. num. 10. tametsi ille ibidem in versicul. Veruntamen, sententiam hanc non probet. Sed sustinendo eam, quia propter munificentiam principis qui æquitatem semper maximam ante oculos habere præsumitur, & propter excellentiam eius communi Doctorum calculo hoc inductum est, amplianda erit, vt procedat non solùm in contractibus illius cum subditis suis gestis, sed etiam in contractibus gestis cum non subditis, & alienigenis; semper enim vt bonæ fidei censendi erunt, propter prærogatiuam principis, ac æquitatem, quæ illi semper inhæret. Quò fit, vt, cùm princeps contractum bonæ fidei celebrat, talis contractus, ex duplici capite bonæ fidei naturam sortiatur, quia, scilicet, natura sua cōtractus bonæ fidei est, & quia, à principe celebratus est: vnde is cōtractus, tanquâm bis bonæ fidei, latissima æqui ac boni interpretatione super alios gaudebit.

De illo non dubito, quod bene, ac vtiliter ad praxim aduertit Valasc.d. quæst.5.num.14. nempe, quòd, etsi in curia mercatorum debeat iudicari de bono & æquo, & ex bona fide, vt docet Bart. per tex. ibi in l. si fideiussor §.quædam num.2. ff. mandat. & in l. Quintus, eod. titul. Bald. in l. si pro ea, col. final, C. eod. & passim alij, tamen contractus stricti iuris inter mercatores celebrati, bonæ fidei non censeantur; illud enim, de bono & æquo seruando in contractibus eorum, naturam contractus non immutat, sed demum operatur, vt, remotis iuris apicibus ac solennibus, veritas negotij spectetur, & secundùm eam causa terminetur, vt per Valasc. d nu.14.

2 Aggrediendo nunc materiam, quærendum in ea ante omnia est, & inuestigandum, quarè magis, contractus illi quorum actiones enumerantur in d.§.actionum, quàm alij, bonæ fidei nomen ac naturam sortiri fuerint, cùm in omnibus conuentionibus bona fides interuenire debeat, nec conuentio vlla cum dolo conueniat, l. si mandato.2.§.Paulus respondet.1.in fin.ff mandat. l. bonam fidem C. de obligat. & act. & dolo dante causam cõtractui, vel ipso iure nullus est, prout in bonæ fidei iudicijs euenit, vel ope exceptionis, vt in alijs, secundùm communem glossæ magnæ traditionem in d. §. actionum, & in l. & eleganter, ff. de dol. de quo egimus sup. ad tex. ibi, *emptiones, & venditiones*.

Et quidem, sciendum est primò, quòd, cùm dicimus contractum bonę fidei, bona fides non accipitur prout dolo opponitur, quia fraus & dolus ab omni contractu abesse debet, sed bona fides accipitur, prout stricto iuri opponitur; secundùm quod, contractus alij strictam interpretationem recipiunt, latiorem alij ex bono & æquo, quos, idcircò, bonæ fidei contractus nuncupamus, alios stricti iuris; explicat Ludouic. Gomez. dict.§. actionum col.2. versicul. Et ideo ego dico, & alij ibi, Connan. libr.1. comment. c.11. num.12. Couar. in reg. possessor 2 p. §.6. nu.4. de regul. iur. lib.6. Valasc. d. quæst. 5. nu.2. vbi, hanc esse omnium mentem, dixit: & esse communem Doctorũ explicationem tradit Felician. de censib. lib.1. c.3. nu.2. in fin. tom.1. eleganter Mantic. d. lib. 1. titul 9 à nu.6. cũ sequentib. Rebell. de obligation. 2. part. libr.1. quæst.2. nu.3. versic. Sed cùm bona fides, post omnes Lusitanus Martins à Costa in annotation. ad Caminh. annotat.30. num.11. Cur verò magis hi, quàm illi, bonę fidei sint, & dicantur, quærit gloss.1. magna, circá initium, in dict.§. actionum, nec tamen quæstioni respondet, vt aduertit Ias. ibi nu.17, non enim glossa rationem aliquam assignat, ob quam cõtractus alij bonæ fidei sint, & alij stricti iuris, sed effectus inde secutos commemorat.

Ioan. Faber d.§. actionum, in fin. & ante eum Petr. de Bellapert. ibi, differentiæ istius causam, vsus frequentiæ attribuunt, vt, in conuentionibus quę in populo frequentiores erant, & humano conuictui ac commercio perquàm necessariæ, exuberantior bona fides appareret Quam rationem, scripsit Ias. ibid. d. nu.17 nil valere, quanuis habeat aliquid modicum persuasiui coloris; & mouetur, quia stipulatio, siue actio ex stipulatu, non numeratur inter actiones bonæ fidei, cùm tamẽ illa frequẽtissimus sit cõtractus: & idem in mutuo, qui reliquis cõtractibus frequentior est, vt inquit Bart. post Iacob. de Are. in rubr. ff. si cert. pet. Et tamen Ias. cùm prædictam rationem impugnet, nullam aliam assignat, quàm quòd fuerit pro ratione volun-

voluntas, subdens (quod & mirabilius dicit) non omnium quæ in iure scripta sunt rationem reddi posse. l. non omnium, ff. de legib. cum quo conuenit Æguynar. Baro pag. 608. d. §. actionum, dicens, in ijs quæ certa sunt, non magnopere quærendam rationem, cur ita constituta sint, d. l. non omnium.

3. Ego quidem, illud Iurisconsl. Iuliani responsum, non ita latè patere, puto, vt omnium, quorum rationem assequi non valemus, pro ratione, seu magis pro excusatione nobis sit. Si quæratur, cur vigesimus quintus annus minorem ætatem in iure terminet? si, cur quadriennium deinde exactum, beneficium restitutionis aduersùs ea in quibus minor est læsus, præcludat? & non potiùs his, ac similibus actionibus, vt in vsucapionibus, præscriptionibus, & alijs, vnus supra, aut vnus infra annns à Legislatoribus constitutus fuerit? bene respondebit, qui, non omnium quæ á Maioribus constituta sunt, rationem reddi posse, responderit. Constat sanè, summa ratione statutum fuisse, vt minoribus auxilio restitutionis succurreretur, propter fragile & infirmum huiusmodi ætatis consilium, & multis captionibus suppositum. l. 1. ff. de minorib. Constat item de ratione introducendæ vsucapionis, ne, scilicet, rerum dominia diu, & ferè semper incerta essent, l. 1. ff. de vsucapionib. De ratione verô temporis his actionibus á Legumlatoribus præfiniti, cur magis illud, quàm aliud paulò citra, aut vltra definierunt, non ita constare potest; nec videtur, quòd ratio alia assignari possit, quàm quòd sic illis placuerit, quando certum aliquod tempus definire necesse deberent. At verò pro distinctione contractuum bonæ fidei, & stricti iuris, quærenda est ratio; nec enim decet dicere, aut cogitare, tam seriam, tamquè celebrem contractuum diuisionem in tam varios, tamquè vtiles iuris effectus, Legumlatores absque præuio consilio & ratione excogitasse, & induxisse. Alias aliorum rationes adducit Valasc. dict. quæstion. 5. num. 5. Couar. dict. §. 6. numer. 4. versicul. Quæram sanè; & Felician. post eos dict. cap. 3. num. 4. versicul. Ex quibus, rationem diuersitatis ponit in frequentiori ac magis necessario vsu contractuum bonæ fidei, in quam sententiam alios citat, & frequentiùs receptam existimat, & ait quòd tandem in eam videtur Valasc. declinasse, qui dict. quæstion. 5. numero 6. rationem constituit in duobus simul iunctis, nempe, in antiquitate contractuum, sunt enim omnes ferè qui bonæ fidei dicuntur, iure gentium introducti, & in frequentia illorum. Sed hæc vtraque ratio simul iuncta in mutuo concurrit, cuius contractus, & actio, bonæ fidei non est. Nec denique satisfacit ratio quam assignat illustrissim. Mantic. dict. libr. 1. titul. 9. num. 17. quæsiuit enim ibi num. 4. diuersitatis rationem, cur alij, bonę fidei dicantur, & stricti iuris alij; & post multa dict. num. 17. concludit, rationem discriminis in eo esse, quia in bonæ fidei contractibus, boni & æqui, seu benigni iuris fit interpretatio; in alijs verò strictè agitur, nec aliquid venire intelligitur vltra id quod nominatim à contrahentibus sit expressum. Quod quidem, verum ita est; sed hoc, est nominis causam ponere, non rei.

4 Dico, igitur, huius diuersitatis rationem ab ipsorum contractuum

natura pendere: sunt enim alij quorum naturæ maxime conuenit, vt id inter contrahentes actum intelligatur, quod, & si expressum non fuisset, tamen intra bonæ fidei terminos dilatatur; vt videre est in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societate, commodato, deposito, & alijs, de quibus in. d. §. actionum; alij econtrà, quorum naturæ par est, vt vltra id quod à contrahentibus expressum est, aliud actum non subintelligatur, quorum exemplum primum sit in mutuo, qui, & si frequentissimus sit contractus, & ex parte mutuantis gratuitus & liberalis, eius tamen naturæ est, vt vltra expressè conuenta non extendatur, nec subintelligatur, vsuras & accessiones post morã in eo venire, vt in alijs bonæ fidei iudicijs, ne alioquin bonæ fidei prætextu & colore, vsuræ crimen natura vetitum obrepat. Quã quidem rationem quod attinet ad mutuum, vt inter bonæ fidei iudicia non numeraretur, expendit Felician. d. lib. 1. c. 3. num. 5. vbi in fin. ait, quòd postea verissimam eam legit apud Anton. Vsillum. d. §. actionum, num. 25. 26. 27. & 28. & quòd subobscurè tangit Coras. ibi, num. 8. Mihi certè idem contigit, nam priùs rationem hanc scripsi, quâm scripta illius, aut alterius eam tradentis perlegerim.

In stipulatione verò ratio est, quia verbis celebratur, ac certa verborum formula constabat. l. 1. cum §§. suis, infr. de verbor. obligat. vnde, de natura contractus est, vt id demum quod verbis exprimitur, quibus ille constat, in eo actum intelligatur. Similis est ratio conuentionum aliarum, quarũ celebratio, vltra id quod simplex bona fides requirit, certa aliqua solẽnitate circunscribitur, vt emphyteusis, quæ sinè scriptura celebrari nequit, secundùm communem, quam sequitur Valasc. de iur. emphyteut. quæst. 7. nu. 2. Cald. de renouat. emphyteus. quæst. 2. num. 2. & quæst. 18. num. 36.

Esse verô emphyteusim, stricti iuris contractum, pro certo est, quia non numeratur inter bonæ fidei iudicia in d §. actionum, & ita tenet cum relatis ab eo Valasc. d. tractat. quæst. 5. num. 7. vbi asserit, hanc esse omniũ receptam & indubitatam opinionem; subdit tamen, non adeò stricti iuris esse, quin multa super hoc contractu, ex æquo & bono diffinienda sint; idemquè probat in contractu emphyteusis ecclesiasticæ, vt stricti iuris sit, ibi d. num. 12. in versicul. Sed his non obstantibus. Dubitari tamen posset, an communis sententia de principis contractibus, de qua sup. in ecclesiæ quoque contractibus, quia illa æquitatis cultrix est, tenenda sit. De censu maior dubitatio esse potuit, quia Iustiniani temporibus nondum notus erat, vt ab eo inter bonæ fidei iudicia connumerari potuisset; probat Felician. d. c. 3 num. 7. stricti iuris esse, ex eadem ratione qua mutuum, nempe, propter periculum vsuræ, quæ huic contractui vicina est, & illi facilè obrepit. Addi etiam potest, ad census celebrationem non sufficere simplicem bonam fidem, sed solennitates alias requiri, præsertim post constitutionem Pij. 5. super forma creandi census.

5 Sunt autem differentiæ non raræ, nec inutiles inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris; quarum non nullas commemorat Gloss. 1. in. d. §. actionum, vbi Ludouic. Gomes. num. 24. sex nuncupatim scribit, nouem Mynsinger. ibi ex num. 10. vsque ad 26. & alij alias adducunt, quorum meminit Valasc. d. quæst. 5. num. 1 qui vnam addit, videlicet, quòd in contractibus

tractibus bonæ fidei est locus iuri accrescendi. l. fundus ille ff. de contrahend empt. non verò in contractibus stricti iuris, l si mihi & Titio, in princip. ff. de verbor. obligat. Sed de iure accrescendi in contractibus aliter sentiunt, & docent Doctor. ibi. & in l. re coniuncti ff. de leg. 3. qui differentiam non constituunt in hoc, quòd contractus, bonæ fidei sit, aut stricti iuris; sed, an sit lucratiuus, vel onerosus, & an res in contractum deducta, diuidua sit, vel indiuidua, vt per Gomes. 1. tom. c. decim. à num. 1. cum sequentib. quod magis placet.

6 Inter alias verò differentias principalis illa est, quam probat communis sententia, de nullitate contractus bonæ fidei cui dolus causam dedit; quo dolo interueniente in contractu stricti iuris, non manet contractus ipso iure nullus, sed per actionem de dolo, vel per exceptionem eliditur; quod secus est in bonæ fidei contractu, qui manet ipso iure nullus, dolo illi causam dante; & ita Gloss. & communiter Scribentes in. d §. actionum, & in. l. & eleganter, ff. de dol. & passim alibi, latè Couar. communem tradens in regul. possessor. 2. part. §. 6. num 6. de regul. iur. lib. 6. & illo solo citato Tusch practic. conclus. iur. tom. 2. conclus. millesima, nu. penult. sub lit. C. Mantic. qui alios refert & sequitur d lib. 1. titul. 9. num. 23. cum sequentib. Rebell. de obligation. 2. part. lib. 1. quæst. 2. num 6. & rursus quæst. 6. nu. 10. & sequenti, & pluribus citatis communem tradit Zeuall. practicar. commun. contra commun. lib. 1. quæst. 226. num. 1. De qua communi traditione egimus sup. ad verb. tex. ibi, *emptiones, & venditiones*, cùm de tertio emptionis & venditionis substantiali requisito tractaremus. Et modò addo, adeò bonæ fidei contractum, cui dolus causam dedit, irritum manere, vt nec cum iuramento firmetur, secundùm communem sententiam, quam ex Padill. in. l. 2. n. 4. C. de rescind. vẽdit. tradit & sequitur Gutier. de iuram. confirm. 1. part. cap. 37. nu. 12. Addo rursus ampliationem, quam ad communem sententiam tradit Gail. lib. 2. practicat. obseruat. 2. nu. 6. vt procedat etiam in dolo dante causam distractui aut liberationi contractus bonę fidei, secundùm Bart. d. l. & eleganter num. 5. & Doctor. in l. de tutela. C. de in integr. restit. minor. Euerard. in loco, à cõtractu ad distractum, vbi multa adducit, Rebell. d. 2. part. lib. 9. quæst 4. num. 1. ad fin.

7 Alia principalis, & in praxi vtilis differentia, circà accessiones & vsuras versatur; quæ in contractibus bonæ fidei veniunt à tempore moræ; non sic in stricti iuris contractibus. Quam etiam differentiam tradit gloss. & communis in d. §. actionum, & in c. cùm venerabilis, de exceptionib. & sæpe alibi, Mantic. de ambig. cõuent. lib. 8. titul. 1. num. 8. tom. 1. Rebell. d. quæst. 2. num. 7. & pluribus citatis prosequitur Felician. d. lib. 1. cap. 3. à num. 9. communem tradit Cald. commentar. de emption. & vendit. cap. 23. num. 43. licèt contra illam latè contendat in numer. sequentib. eamquè probant tex. in l. quia tantundem, iuncta glossa ibi, ff. de negot. gest. l. Iulianus. §. ex vendito, ff. de action. empt. l. quæro, ff. locat. l. 1. l. mora. §. in bonæ fidei, ff. de vsur. qui loquuntur in bonæ fidei contractibus, in quibus vsuræ veniunt, etiam vbi de illis actum in contractibus non fuit; per contrarium verò, in stricti iuris contractibus, vt non debeantur vsuræ de quibus conuentione ipsa actum non fuit, probat tex. in d. l. quia tantundem l. 1. C. de condict. indebit. l. 3.

iuncta gloss. ibi, C. de vsur.

Ex qua communi doctrina & differentia infertur, quòd si quis debeat alicui centum ex causa mutui, vel stipulationis (quæ conuentiones stricti iuris sunt) ad tempus certum, non tenebitur debitor ad vsuras temporis post moram decursi; & idem, si debeat ex emphyteutico cōtractu, qui stricti iuris est, secundùm cōmunem, de qua sup. per contrarium verò, qui pecuniã debet ex contractu venditionis, locationis, depositi, mandati, aut alio bonæ fidei, vsuras moræ præstare tenebitur; vt in venditione probat tex. in d. l. Iulianus §. ex vendito; in locatione tex. in d. l. quæro; in deposito. l. Lucius Titius. l. die sponsaliorum. §. qui pecuniam, l. Quintus. l. si sacculũ, in fin. infr. deposit. in mandato. l. idemquè §. si procuratur, infr. mandat.

8 Hæc tamen resolutio, & differentia, Pontificio iure non procedit; quia eo iure vsuræ non debentur nec ex contractibus bonæ fidei post moram, nisi quãdo vt interesse peruntur, quatenus creditoris interest tam ratione damni emergentis, quàm lucri cessantis, iuxta gloss. magnam in c. conquæstus, de vsur. & ibi Abb. num. 6. vbi num. 8. præter sex casus á glossa adductos, sex alios adducit, quibus vsuræ licitæ sunt, idem tradit Abb. in c. cúm venerabilis, num. 16. & ibi Imol. num. 19. de exceptionib. Gloss. nostra in. l. curabit, verb. ratio C. de action. empt. quam notabilem dixit Abb. d. num. 16. sequitur Mantic. d. lib. 1. titul. 9. num. 20. & plures alios in eandem sententiam citat Felician. d. lib. 1. de censib. c. 3. num. 11. vbi eam ascribit Gloss. verb. bonæ fidei d. c. cùm venerabilis, quasi voluisset ibi, in contractibus bonæ fidei non venire vsuras post moram, nisi quatenus interfit; quod tamen in libro meo apud glossam ibi non legi; quinimò prædictam, quam de iure ciuili diximus, differentiam inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris, simpliciter inter alias scripsit ibi glossa, vt glossa nostra in. d. § actionum. Verum tamen est, & commune, de iure Canonico vsuras non deberi post moram ex contractibus bonæ fidei, quatenus vsuras, sed quatenus interesse, vt explicat Abb. d. c. cùm venerabilis num. 16. & d. c. conquæstus, nu. 6. Vsura etenim, quatenus est vsura, id est, damni, aut lucri cessantis interesse non existente, diuino, & naturali etiam, & Pontificio iure prohibita semper est, vt ex communi Theologorum, & Canonistarum tradit Couar. lib. 3. variat. c. 1. num. 5. latè Nauarr. in commentar. de vsur. notab. 5. ex num. 7. Less. lib. 2. de Iustit. & iur. c. 20. dubit. 4. per tot. Azor instirut. moral. lib. 5. c. 2. de vsura, quæst. 2. & 4. tom. 3.

9 Secundúm quam sententiam apparet, prædictam differentiam inter cōtractus bonę fidei, & stricti iuris, iure Canonico sublatam esse, vt nuncupatim tradiderunt Abb. Antiquus, Ioan. Andr. & Anton. de Butr. in. d. c. cùm venerabilis, relati â Felician. d. c. 3. n. 12. in fin. quibus ipse non assentitur; differentiam prædictam accipiens in nu. sequenti in vsuris commodi percepti recompensatiuis, & de his intelligit, iuris ciuilis leges, quibus traditur, vsuras venire post moram in contractibus bonæ fidei, quas iure Canonico correctas non esse, ait. Quæ interpretatio, prætérquàm quòd diuinatoria nimis & violenta est ad leges multas, quibus generaliter dicitur, vsuras venire post moram in contractibus bonæ fidei, quæ sinè violentia magna restringi nequeunt ad vsuras percepti commodi recompensatiuas, periculosa quidem valde est,

est, vt iure Canonico, & in animæ iudicio seruari debeat. Præsupponit enim, creditorem, pecuniæ sibi debitæ ex contractu bonæ fidei, vsuras á debitore moroso exigere posse, etsi ex mora illius nullum inde sibi detrimentum emergat, nec lucrum amittat: atque ita, qui debitoris sui mora nec damnum vllum subijt, nec lucrum aliquod acquirere desijt, pecuniæ sibi debitæ lucrum percipiet; quod apud Doctores, in specie ista licere, non legimus, qui regulariter ratione damni emergentis, vel lucri cessantis, vltra sortem aliquid percipi posse, frequenter consentiunt; nec tertiam hanc speciem probant; quæ, vt noua, ita periculosa est, præsertim, quod magnam improbi fænoris ansam præ se feret.

10 Præterea facit, quia licitas vsuras percepti cōmodi recompensatiuas legimus in casu.l.Iulianus §. ex vendito.ff. de action. empt.l. curabit. C.eod.titul.ex ratione speciali de qua ibi, nempe, propter rationem fructuum ex re empta ab emptore perceptorum; æquissimum enim visum est, emptorem qui ex re empta sibi tradita fructus percipit, pretij non soluti vsuras pendere venditori; quam æquitatis rationem in hoc casu assignat Iurisconf. in. d. §. ex vendito, Impp in. l.2.C.de vsur.tradit Couar. lib. 3. var. c. 4.num.2. & alijs relatis Barbos.in.l.de diuisione á num.13.ff. solut. matrim.post omnes Mantic.de tacit. & ambig. conuent. lib.4. titul. 24.nu. 10.& sequent.nouissime Cald. de emption. & vendit.c.23.ex nu 19. qui latè & luculenter agunt de decisione.d.l.curabit, eiusquè ratione, ex qua multa inferunt, cui conuenit Lusitana Ord. lib.4.titul.67.§.3.versicul. E bem assi. Atque ita, cùm specialiter in casu illo, qui de contractu bonæ fidei est, vsuras percepti lucri recompensatiuas Doctor.approbent; quanuis ex non soluto pretio nullum damnum emergat, nec lucrum cesset in persona venditoris, vt contra alios probant Couar. & Barbos. & sentit Cald. qui alios refert dict cap. 23. num. 27. quod verius est stante prædicta æquitatis, seu seruandæ æqualitatis ratione, non debent, vtique, lucri percepti vsuræ recompensatiuæ admitti, de iure Canonico, & iure poli, vbi hæc ratio cessare apparuerit. Præsertim, quòd nomen ipsum in proprietate vocabuli innuit, recompensatiuis vsuris locum non esse, vt eas iure Pontificio, & in animæ iudicio approbare debeamus, nisi vbi creditori ex re sua aliquid ab est â debitore receptum, quod ex actione vsurarum recompensare sibi valeat, vt in casu.d.l.curabit; & vbi nihil abest, nec recompensationis nomen, nec æquitas ita subest ad ius Pontificium, quãuis ad ciuile sic, vt inferiùs trademus.

Sed & decisionem.d.l.curabit, & percepti commodi recompensatiuas vsuras de quibus ibi, quas Nostri ex prædicta æquitatis, seu æqualitatis ratione defendere conantur, Theologi communiter damnant, vt constat ex Siluestr. cum citatis ab eo, verb. vsura 2.quæst. 11. Petr.Nauarr.lib.3. c.2.nu.157. Frat. Ludouic.de Beja do casib. conscient.1. part. cas.19.in fin. Ioan. Azor. institution. moral.lib.8. c.15.quæst.1.tom.3. vbi communem iuris Interpretum sententiam, paucis exceptis, cum hac Theologorũ conciliar, Leonard Less.lib.2.c.21.dubit. 3.num. 108. versicul. Circà prædicta, vbi, sententiam hanc, veriorem esse, dixit, & naturali æquitati conformiorem, quam in numer.sequentib. eleganter defendit; & ad leg.ciuiles con-

trarium

trarium statuentes, qua parte vsuras in specie illa concedunt, respondet num. 11. esse abolitas iure Canonico. Qua stante sententia, multò minus iure illo sustineri debent vsuræ percepti commodi recompensatiuæ in specie alia, & generaliter in bonæ fidei iudicijs.

Denique, superior Feliciani opinio apertè conuincitur ex eo, quia de iure ciuili, in bonæ fidei iudicijs tantū valet ad vsuras iudicis officium, quantum in stipulatione, de illis expressa conuentio. l. quia tantundem, & ibi gloss. infr. de negot. gest. l. Lucius Titius, versicul. & est quidem, infr. deposit. porrò, de iure ciuili lucratorias vsuras stipulatione promitti posse, probat. l. 3. C. de vsur. & nulla de hoc dubitatio est, saltem ante nouissimum Authenticor. Ius, quo vsuras esse prohibitas, tenuit Gloss. magna in Auth. ad hæc. C. de vsur. & communis secundùm Abb. qui sequitur contrariam in c. cùm sit generale, num 18. versic. Ad hoc enim, de for. cōpetent. vnde, si tantum valet, iure ciuili attento, in bonæ fidei iudicijs ad vsurarum petitionem, iudicis officium, quantum in stipulatione expressa de illis conuentio, sequitur, quód de iure ciuili in bonæ fidei contractibus non solùm veniunt vsuræ accepti commodi recompensatiuæ, & vsuræ damni emergētis, aut lucri cessantis restaurātiuæ, sed etiam lucratoriæ vsuræ (sunt enim tres hæ vsurarum species, quas ponunt Bald. & Salyc. n. 2. in l. 2. C. de vsur. & post eos alij) quas lucratorias vsuras, iure Canonico in omni contractu prohibitas esse, nullus dubitat. Apparet ergo, differentiam hanc de vsuris post moram iure ciuili traditam inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris, iure Canonico non procedere, quicquid Felician. contra sententiat dict. cap. 3. num. 12. in fin. & sequenti.

11 Sed durum quidem, & difficile valde reputo. vt iure ciuili ita absolutè, ac simpliciter vsuræ post moram veniant in contractibus bonæ fidei; quæ non veniunt in stricti iuris contractibus nisi cùm stipulatione de illis actum est; si enim bonæ fidei contractibus maior & exuberantior æquitas subest, vnde & bonæ fidei nomen acceperunt, iuxta communem explicationem de qua sup. & æquitati maximè repugnat vsura prohibita iure Canonico, quod summa æquitate, & à iure diuino procedit; quì fieri potest, vt, vsuras iure ciuili ex contractibus bonæ fidei deberi, dicamus, quasi ex æquo & bono in illis subintellectas? certé, rigor hìc, non æquitas reperitur, qui stricti iuris contractibus magis consentaneus erat.

12 Verùm, pro resolutione dicendum erit, toties in contractibus bonæ fidei vsuras post moram venire, quoties id æquitas suggerit: secundùm quam resolutionem, leges de hoc loquentes intelligendæ sunt. Nec diuinatoria interpretatio censenda est, quam & bona fides explicita prout sup. & natura contractuum exigit, & ipsum iudicis officium, quo in illis vsuræ veniunt; certum enim est, quòd iudicis officium non competit nisi æquitate exigente, quam iudex ante oculos habere debet, l. quòd si Ephesi §. final. ff. eo quod cert. loc. quód idcircò misericorditer implorari, dicitur à gloss. in rubr. ff. de interrogator. act. Bart. in. l. 1. num. 11. ff. de iurisdict. omn. iud. Ias. in princip. num. 65. instit, de action. Et non obstat, quòd in bonæ fidei iudicijs ad exactionem vsurarum tantum valet iudicis officium, quantum in stipulatione nominatim de illis facta conuentio; & sic

videtur,

videtur, quòd quemadmodum vsuræ in stipulationem deductæ iure ciuili peti poterant actione ex contractu etsi nulla ad eas subesset æquitas, sic etiam deberentur & peti possent iudicis officio ex quolibet bonæ fidei contractu, etsi de eis actum non esset, nec ad eas exigendas vlla subesset æquitas; respondendum enim est, iudicis officium tantum ad hoc valere in his contractibus, quantum aliàs expressa vsurarum stipulatio, cúm id æquitas suggerit, qua præexistente iudicis officium intrat, & competit ad vsuras, & tunc tantum valet quantum ex stipulatu actio, sicquè intelligendus est tex. in d. l. quia tantundē, cum glossa ibi, & d. l. Lucius Titius versic. Et est quidem, infr. deposit. & alia iuris responsa, quibus non rarò traditur, in bona fidei iudicijs vsuras post moram venire, ita vt, quod operatur expressa cōuentio in stipulatione vsurarum, æquitas in his contractibus operetur iudicis officio mediante.

13 Ex qua resolutione infertur primò intellectus ad tex. in l. socium qui in eo, ff. pro soc. vbi in societatis iudicio veniunt vsuræ post moram, non quasi vsuræ, sed quasi interesse, quatenus, scilicet, socij intersit, moram socium non adhibuisse. Quod quidem summam continet æquitatē, etiam iure Canonico receptam.

14. Nec obstat tex. in l. 1. §. 1. infr. de vsur. vbi socius in vsuris condemnatur; vel enim debet intelligi de vsuris loco interesse, iuxta dict. l. socium qui in eo; vel (quod verius puto) alia æquitatis ratione nititur, vt in bonæ fidei iudicio vsuræ præstentur; & æquitatis ratio consistit in eo quód socius pecuniam cōmunem inuasit, vel in suos vsus conuertit; & sic nimirùm, si, qui societatis fidem ita violauit, vt pecuniam in eam collatam ad vtriusque lucrum inuaserit, aut in proprios vsus conuerterit, vsuras præstare teneatur, quasi pro lucro quod socio ex societate inita obuenire posset, vel in pænam frangentis fidem. Et hoc casu vsurarum æstimatio fiet secundùm legitimum modum in loco contractus frequentatū, vt in dict. l. 1. & in l. idemquè §. si procurator infr. mandat. At verò in specie d. l. socium qui in eo, diuersa ratio est, vbi non est casus de socio qui pecuniam communem societatis inuasit, aut in vsus suos conuertit, sed de socio moroso, in reddenda lucri parte consocio suo, quia lucrata pecunia ipse vsus fuisset, idcircò ex tali mora, tametsi in bonæ fidei iudicio, vsuras præstare non cogitur, nisi quatenus consocij intersit, adhibitam moram non fuisse, quia in hac specie hoc æquitati conuenit, non illud.

15. Quinimò notandus est ille tex. in versicul. Sed si aut vsus; probat enim, si bene expendatur, nec vt interesse deberi vsuras post moram, si socius lucratam pecuniam in vsus suos non conuertit, sed fortè amisit, ita vt illi, non societati amissæ pecuniæ damnum imputari debeat; quo casu, tametsi in solutione partis lucri socio debiti moram committat, eius quod illi intersit, ratio non habetur, vt probat tex. ibi. *Sed si aut vsus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contrà esse*; vbi tex. alternatiua oratione loquitur, cuius vnam partem adimpleri sufficit, vt debitor non teneatur, nempe, aut pecunia societate acquisita vsum non fuisse, tametsi moram adhibeat in reddendo, aut moram nō fecisse, tametsi pecunia vsus fuisset. Atque ita ibi est casus in quo ex bonę fidei contractu non debetur post moram interesse lucri cessantis, seu

damni

damni emergentis; quod est notabile; sed exuberantior bona fides & æquitas illius contractus hoc operatur. Quod, & iure Canonico, & in foro animæ obtinere æquè, censeo: quam enim vsuram ius ciuile non recipit, quomodò receptam dicemus eo iure, & iudicio, quod multò magis, quám ciuile vsuras detrectat?

16. Secundò infertur ad tex. d. l. idemquè. §. si procurator ff. mandat. vbi procurator ex mora tenetur ad vsuras, & duos casus Iurisconsult. ibi effingit, vnum, quando procurator, domini pecuniam fænori dedit, vsurasquè consecutus est; & in hac specie præstare eum debere, ait; quantumcunque emolumentum sensit, siue hoc illi dominus mandauerit, siue non, & rationem subdit, *quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat*: cuius casus decisio facilè procedit, & pertinet ad vsuram commodi accepti recompensatiuam, vt decisio. l. curabit. C. de actionib. empt. Sed hanc maior. commendat æquitas, quia ibi emptor rei emptæ fructus lucratur, quos lucraturus esset venditor si illã spe pretij non tradidisset, vnde æquissimum est, vt Iurisconsult. ait in l. Iulianus. §. ex vendito, ff. de act. empt. emptorem qui fruitur re empta, vsuras pretij pendere venditori; pendet autem iuxta perceptorum fructuum rationem: in hac enim compensatione habetur ratio lucri ab eo ex fructibus recepti, non damni venditoris, vt tradit Barbos. in l. de diuisione, num. 14. & sequenti ff. solut. matrimon. At verò in casu prædicto. d. §. si procurator, & l. at quin natura. §. non tantùm, vbi gloss. notauit verb. potuimus, ff. de negot. gest. etsi sit de vsuris recepti commodi recompensatiuis, non tanta vrget æquitatis ratio ex parte eius cuius pecunia acquisitæ sunt; quia commodum ibi à procuratore, vel á negotiorum gestore receptum, ex pecunia recipitur, id est, ex re natura sua infructifera, idcircò nec iure poli, nec Pontificio tales vsuræ tametsi recompensatiuæ, in casu isto debebuntur, nec tanta pro illis æquitas adest, vt in casu d. l. curabit, in quo ex re natura sua fructifera commodum recipitur; quanuis, & in casu isto ciuilis æquitas qualisqualis non desit, quæ sufficiens visa est, vt ex bonæ fidei contractu iure ciuili vsuræ illæ deberentur, vt in d. §. si procurator.

Alter casus d. §. si procurator, constituitur in procuratore qui lucrum ex domini pecunia non acquisiuit, sed eam conuertit in vsus suos, & eum posse conueniri in vsuras, quæ legitimo modo in regionibus frequentantur, ait ibi Iurisconsul. quem casum non tanta commendat æquitas vt superiorem: spectat enim hic ad lucratorias vsuras, & magis procedit propter odium illius, qui rem alienam sibi commendatam, & quam gerendam suscepit, ad suos vsus conuertit, vnde eam debito tempore nõ reddit Nimirùm, ad politicam societatem, & commune ciuitatis cõmercium valde pertinet, vt qui aliena negotia gerenda suscipiunt, fidem præstent; vnde, ciuilis æquitas & ratio, quam iuris conditores maximè attendunt, prouidit vsurarum præstatione in hoc casu contra procuratorem, pecuniam domini in suos vsus conuertentem, etsi nullum ex ea lucrum acquisiuisset, nec inde damnum aliquod domino obuenisset; quam rationem probat optimè tex. in l. qui sinè, versicul. Nam illi, infr. de negot. gest. Qua etiam æquitatis ratione procedit tex. in l. quanuis. §. final. cum leg. sequenti, infr. de pignorat. act. l. die sponsa-

sponsaliorum. § qui pecuniam, infr. deposit. l. 4. C. eod. cum alijs, qui vel ex hac, vel ex speciali alia ciuilis æquitatis ratione procedunt, quæ vbi desit, deesse quoque debet vsurarum exactio in bonæ fidei iudicijs, etiam de iure ciuili.

17 Sic itaque ex dictis constat, vsuras iure ciuili debitas ex contractibus bonæ fidei, iure Canonico non semper ex eisdem deberi; nam ciuilis æquitas, quæ sufficiens fuit, vt eæ iure ciuili deberentur, iure Canonico non obtinet, quod magis salutem animæ attendit, quàm politicam ciuitatis administrationem; & iuri diuino consentaneum hoc est, à quo vsuræ labes, & quicquid illam sapit, alienum valde est, & vtriusque Testamenti pagina detestabile, vt constat ex adductis per Rebell. de obligat. 2. part. libr. 8. quæst. 2. sect. 2. num. 7. Cald. de emption. & vendition. cap. 29. num. 23. Adeò vt nec pro redimenda vita captiui toleretur, vt dicitur in cap. super eo, de vsur. Vnde, non tantùm lucratoria vsura, sed vsura etiam commodi percepti recompensatiua, præter speciem dict. l. curabit, vel aliam paris æquitatis, si qua sit, iure Pontificio, & in foro animæ prohibita est in omni contractu, tam bonæ fidei, quàm stricti iuris. Sed & illa de qua in dict. l. curabit, sinè scrupulo non transit, præsertim apud Theologos, qui eam communiter damnant, vt tradidimus sup. Atque ita apparet, differentiam circà vsuras iure ciuili receptam inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris, iure Canonico sublatam esse, vt sup. contendebamus.

18 Vsuras autem euenientes ratione damni emergentis, vel lucri cessantis, omni iure licitas esse, omnes agnoscunt; vt pluribus citatis nouissimè tradit Ioan. de Castill. libr. 2. quotid. controuers. cap. 1. numer. 14. & sequent. vbi asserit, quòd in hoc conueniunt omnes vtriusque iuris Interpretes, ac etiam Theologi: quæ, re vera vsuræ non sunt, sed interesse, quanuis á Doctoribus doctrinæ gratia, vsuræ damni emergentis, aut lucri cessantis restauratiuæ nuncupentur. Et adeò quidem vsuras has, seu interesse omnes probant, vt cōmuni opinione receptum sit, eas in contractum mutui, expressa conuentione deduci posse, etiam ante moram præstandas; iustè enim potest quis stipulari, se indemnem seruari tam in lucro, quàm in damno; quam sententiam pluribus citatis sequitur, & communem refert Couar. libr. 3. variar. cap. 4. numer. 5. versicul. Item & illud; de quo latiùs infr. sequenti different. dicemus. Quid verò requiratur, & quid probare teneatur creditor, vt interesse lucri cessantis exigere valeat, pluribus citatis tradit Quesad. diuersar. quæst. iur. cap. 20. numer. 1. & latè Barbos. 1. part. l. 2. in princip. num. 49. cum sequenti, vbi varias in hoc sententias adducit, ff. solut. matrimon. & in l. de diuisione num. 27. eod. titul. latè etiam post alios Castill. d. cap. 1. num. 40. cum sequentib. & num. 48. Cald. de emption. & vendition. cap. 29. num. 52. vbi de interesse lucri cessantis fusè per eum; & ex communi omnium consensu tres cōditiones ponit Tolet. in summ. libr. 5. cap. 32. nu. 1. vt lucrum cessans ex mutuo verè dicatur, & possit exigi.

Atque ita, cùm inter omnes cōstet, vsuras damni, aut lucri restauratiuas omni iure iustas esse, videtur, nullam circà eas, quod attinet ad contractus

bonæ fidei, & ſtricti iuris, differentiam eſſe inter inter ius ciuile, & Canonicum. Nam de iure ciuili, huiuſcemodi vſuras, ſeu intereſſe venire in bonæ fidei iudicijs, nulla dubitatio eſt, cùm & duriores aliæ veniant, quas ius Canonicum non admittit, vt tradidimus: quòd verò vſura eadem, ſeu intereſſe damni emergentis, aut lucri ceſſantis, etiam veniat in contractibus ſtricti iuris, ſenſit gloſſ. magna in cap. conquæſtus, extr. de vſur. & ibi probat Abb. numer. 6. per tex. in l. 2. aliás 3. §. final. ff. eo quod cert. loc. communem dicit Cald. dict. commentar. de empt. & vendit. cap. 23. num. 51. & pluribus citatis tradit Felician. libr. 1. de cenſib. cap. 3. num. 12. tom. 1. & loquens in mutuo, qui contractus, ſtricti iuris eſt, idem probat Caſtill. dict. cap. 1. num. 44. Molin. de iuſtit. diſputat. 299. num. 6. & 7. & diſputat. 315. num. 3. & 4. vbi alios ad idem citat, tom. 2. quod pro conſtanti aſſerit Nauarr. inter omnes conuenire teſtatus, in manual. Latin. cap. 17. num. 211. verſicul. Et quod inter omnes, & communem tradit Maſcard. de probat. volum. 2. concluſ. 933. numer. 35. Azor inſtitut. moral. libr. 5. cap. 4. de vſura poſt init. tom. 3. ybi ait, communem eſſe omnium Theologorum, & Canoniſtarum ſententiam, ratione damni emergentis poſſe lucrum exigi ex mutuo; quod intelligitur de intereſſe creditoris poſt moram debitoris, ſicquè generaliter ac æquè in debitore ex mutuo, aut alio ex contractu, vt commune tradit & probat Rebell. de obligation. lib 8. quæſt. 7. concluſ. 1. quod tamen ibi concluſ. 4. cum alijs limitat, vt non procedat in debitore moroſo abſque culpa ſua.

19. Cæterùm ſententia hæc, quæ prima facie conſtans & abſque difficultate vlla eſſe videtur, non paruam patitur; & contra eam in contractibus ſtricti iuris tenet Bald. in l. 2. circá princip. Cod. de vſur. & ibi Salycet. eum ſecutus, num. 2. pro qua ſententia fortiter facit, quia in contractibus ſtricti iuris non veniunt ea de quibus expreſsè inter partes actum non eſt; hæc enim eſt potiſsima differentia inter hos, & illos contractus, & à qua velut â fonte aliæ dimanant, quam tradunt Gloſſ. & Scribentes in §. actionum inſtitut. de action. quòd in contractibus bonæ fidei veniur etiam ea de quibus nec actum, nec cogitatum eſt, ſecus in contractibus ſtricti iuris, in quibus non veniunt, niſi de quibus actum eſt. Rurſus, pro eadem ſententia facit communis alia differentia inter contractus bonæ fidei, & ſtricti iuris, quam ponit gloſſa in dict. §. actionum, nempe, quód in contractibus bonæ fidei veniunt fructus â tempore moræ, in contractibus verò ſtricti iuris, quando peto quod non fuit meum, non veniunt niſi á tempore litis conteſtatæ, iuxta l. videamus 2. §. ſi actionem. ff. de vſur. quæ eſt communis reſolutio, quam ſequenti differentia trademus. Si ergo fructus ex re natura ſua fructifera non veniunt à tempore moræ in contractibus ſtricti iuris, videtur, quòd multò minus venire debeat quæuis alia acceſsio ex re non fructifera, quando de illa actum non fuit, cuiuſmodi eſt intereſſe præſertim lucri ceſſantis, de quo non fuit actum.

Pro reſolutione ergo dicendum eſt, aliud eſſe, vſuras damni reſtauratiuas; ſeu reſarcitiuas, licitas eſſe, & iuſtas; aliud, huiuſcemodi vſuras

vsuras venire in contractibus siue bonæ fidei, siue stricti iuris, post moram, quando de illis actum non est. Et primum quidem nemo negat; nam non tam vsura, quám interesse damni emergentis, vel lucri cessantis, est quod petitur, & omni iure debetur fori, & poli. Circá secundum dubitatio versatur, & illa quidem in contractibus stricti iuris; nam in contractibus bonæ fidei, huiuscemodi vsuras, seu interesse, venire, probant omnes; in contractibus veró stricti iuris, quando de illis actum non est, quo casu quæstio locum habet, non ita conueniunt. Mihi quidem posterior sententia verior videtur ex ratione quam scripsi. Cui non obstat tex. in d.l.2. aliás 3. §. final. per quem Abb. contrariam probat d.cap. conquæstus, nu.6. loquitur enim in actione arbitraria, quæ, etsi stricti iuris sit, ex iudicis tamen arbitrio pendet, vt in ea ex bono & æquo æstimare possit, quemadmodum actori satisfieri oporteat. §. prætereâ. §. sed istæ quidem, in fin. institut. de actionib.

Dicendum itaque est, interesse damni emergentis, & lucri cessantis, omni iure, & ex omni contractu licitum esse; sed in contractu bonæ fidei, secundùm contractus naturam venire; in contractu veró stricti iuris non aliâs, quám si de illo expressè à partibus actum fuisset; in quibus, nec à tempore litis contestatæ currunt vsuræ, secundùm gloss. in l. 1. verb. vsuras. Cod. de condict. indebit. vbi hoc notandum dixit, & in l. lite. ff. eod. titul. vbi tex. ibi de bonæ fidei iudicijs intelligit; quod sequitur, & vulgò probatum dixit Mynsinger. dict. §. actionum, num. 16. in fin. Aliud in fructibus, vt infra. Vnde otiosa non est, sed necessaria, saltem in contractibus stricti iuris scriptura celebratis clausula illa quā tabelliones in fine scripturarum addere solent, de obligatione ad damna, & interesse. Quæ clausula etiam in bonæ fidei contractibus vtilis esse poterit, quia cum ea debebuntur vsuræ iure actionis, quæ aliàs iudicis officio veniunt; & pinguius est remedium, quod iure actionis competit, quám quòd competit iudicis officio, iuxta tradita per Iason. in dict. §. actionum, numero 52. & sequenti.

20 Et hæc quidem differentia inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris, etiam iure Canonico procedit: nam eo iure generalis differentia, seu distinctio contractuum bonæ fidei, & stricti iuris, iure ciuili inducta, recepta est, vt contra Bald. in cap. vnic. de plus petitionib. in fin. asserentem, secundùm ius Canonicum, omnes contractus esse bonæ fidei, & sublatam esse iuris ciuilis differentiam inter eos, quem sequitur Iaf. d. §. actionum, num. 4. & in §. quadrupli, in fin. eod. titul. de act. & alij citati à Mantic. de ambig. conuent. lib. 1. titul 9. num. 42. tom. 1. tenent Alc. in l. cùm fundus, nu. 16. ff. si cert. pet. citatus à Zeuall. pract. commun. cōtra comm. lib. 1. quæst. 226. nu. 6. Couar. in regul. possessor. 2. part. §. 6. num. 5. de regul. iur. lib. 6. Valasc. de iur. emphyt. quæst. 5. nu. 12. versic. Sed his non obstantibus, Felician. d. lib. 1. c. 3. num. final. ad fin. qui de communi contra Bald. testatur, Rebell. de obligation. 2. part. libr. 1. quæst. 2. num. 4. in princip. & alijs citatis, & Bald. etiam cons. 195. num. 8. libr. 2. eam probat Mantic. d. num. 42. Quæ sententia vera est, & probatur ex cap. cùm venerabilis, de except. vltraquàm, quód ius ciuile, cùm non reperitur correctum

à Canonico, etiam eo iure stabile manet c.1. de nou. oper. nuntiat. Idcircò nuncupata cõtractuum distinctio, quæ iure Canonico correcta nõ reperitur, sed potiùs approbata in d. c. cùm venerabilis, etiam eo iure seruanda erit, & per consequens seruanda erit contractuum differentia in hac vsuræ specie, quæ damni emergentis, seu lucri cessantis restauratiua dicitur, in qua ius Pontificium à ciuili non deuiat.

21 Maior veró dubitatio est, an eadem distinctio, & differẽtia in animæ iudicio locũ habeat? Et pro parte negatiua facit, quia hæc contractuum distinctio magis concernit subtilitatem iuris, quàm simplicem veritatem, quæ in animæ iudicio attenditur. Prętereà, mora sua cuilibet nocere debet, & non alteri, secundùm regul. mora de reg. iur. lib. 6. quæ regula æquitate magna & iustitia nititur, idcircò in animæ iudicio locum habere debet seclusa distinctione cõtractuum bonę fidei, & stricti iuris. Et ita cũ Corrad. in tract. de contractib. in summario totius operis ad quæst. 57. dist. 3. & Couar. d. regul. possessor. 2. part. § 6. in fin. & in regul. peccatum, 2. part. §. 3. num. 7. de regul. iur. lib. 6. tenet Mantic. d. titul. 9. nu. 33. & 43. cum sequenti, vbi sic accipit, & defendit Bald. sententiam de qua sup. in d. c. vnic. de plus petitionib. in fin. Contrariam veró opinionem, nempe, & in foro animæ illam contractuum distinctionem locum sortiri, tuetur Rebellus d. quæst. 2. nu. 4. versicul. Quod etiam; cui magis adhæreo, quia prædicta distinctio, iusta est, ciuili iure inducta, & Pontificio recepta; & quia eius constitutio ex vero & certo, non ex pręsumpto procedit, in foro quoque animæ seruanda est: quod enim lex statuit, hos contractus, largè etiam ad ea de quibus actum non est, iudicari, illos, strictè, non statuit præsumptiuè, sed super vero nixa ex ratione de qua sup. Et non obstat, hanc legis distinctionem, magis ad subtilitatem iuris, quàm ad simplicem veritatem pertinere; quia & iuris subtilitas, cùm iusta est, & super vero fundata, pro simplici veritate habenda est, vt tanquàm lex iusta in animæ iudicio seruetur. Ad alterum de d. regul. mora, respondendum est, regulam illam tam in foro exteriori, quàm in interiori locum habere, sed eatenus in vtroque, quatenus contrahentes illi se summiserunt: porró, quando aliud non expresserunt, secundùm naturam contractus quem gerunt, celebrare censentur; idcircò, si bonæ fidei contractum celebrant, etiam ad ea de quibus nec actum, nec cogitatum est, quando id natura contractus exigit, tenebuntur; secus, si celebrant contractum stricti iuris, qui ex natura sua illi iure indita, solùm accipitur in ijs, de quibus expresśè actum est. Sic eueniet, vt, qui solutionem pensionis debitæ ex locatione, vltra tempus in cõuentione deductum retardat, ad interesse damni, & lucri teneatur omni iure, & in omni foro; per contrarium veró, qui differt solutionem debiti ex contractu mutui, qui stricti iuris est, ad huiusmodi interesse, quando de eo actum non est, non tenebitur, nec iure fori, nec iure poli.

22 Vlterius, differentiam aliam inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris, dixit gloss. 1. in d. §. actionum, esse, quia in actionibus stricti iuris, quando peto quod non fuit meum, sed est mihi debitum, fructus non veniunt à tempore moræ, pręterquàm post litem contestatam, ex tunc enim venire incipiunt; at veró si

peto

peto quod erat meum, veniunt fructus ex mora, sicut in actionibus bonæ fidei, in quibus, tam in isto, quàm in altero casu, semper veniunt fructus ex mora. Et quidem in actionibus bonæ fidei, glossæ sententia facilè procedit, nec eam aliquis diffitetur; cùm enim in illis ex re natura sua infructifera veniant vsuræ post moram, vt traditum est sup. multó magis dicendum est, quòd venient fructus ex re fructifera. Sed est differentia inter fructus, & vsuras, secundùm gloss. quia fructus, iure actionis veniunt, vsuræ verò, iudicis officio; & ita de glossa prædicta sensit Petr. de Bellapert. qui eam in hoc reprehendit, & contra eam tenet Bald. licèt glossam non alleget, in l. 1. ad fin. C. de vsur. & fructib. legator. & Iason. singularem eam vocans in l. 1. num 9 C. de iudicijs, Alciat in l. cùm fundus, circà princip. ff. si cert. petat. & Doctor. communiter ex Alex. in l. si marito. §. final. in princip ff. solut. matrimon. vbi asserit, quòd illud quod glossa dicit, iure non probatur; sed quòd fructus, & accessoria alia, etiam in bonæ fidei iudicijs, non veniunt iure actionis, sed mercenario iudicis officio, præterquàm in iuribus vniuersalibus, cuiusmodi censetur dos, in quibus, fructus eadem actione veniunt, qua principale, tanquàm pars illius, vt tradit Negusant. de pignorib. 2 part. 4. membr. num. 50. latè, & eleganter explicat Barbos. in rubr. 3. part. nu. 61. cum sequentib. ff. solut. matrim. sic intelligens cum communi d. l. si marito. §. final.

Verùm Ioan. Fab. in d. §. actionum, num. 5. scripsit, quód Petr. illud imposuit glossæ ibi; quæ dixit, fructus venire in actionibus bonæ fidei, & bene hoc, sed non aperuit, an iure actionis venirent, an officio iudicis. Vnde Ias. ibi, num. 45. credidit, quòd Petr hoc collegerit ex eo, quia glossa dixit, in actionibus stricti iuris, fructus non venire ex mora, quasi ex hoc senserit, quòd in bonæ fidei iudicijs iure actionis veniunt: sed quidem debilis coniectura isthæc est, vt ex ea prædicta sententia, quam communis reprobat, glossæ imponeretur; quæ tamen non tacitè & obscurè vt coniecturis opus sit, sed clarè & expressè illam posuit paulò inferiùs in versic. Nec obstat, vbi, accessoria, quæ antea dixerat, ex mora venire in actionibus bonæ fidei, subdidit, iure actionis venire, præter vsuram, quæ venit officio iudicis; & in hoc constituit differentiam inter bonæ fidei iudicia, & actiones arbitrarias, quia in his accessoria omnia, iudicis officio semper veniunt.

23 Et quidem, etsi non desit differentiæ ratio pro glossæ sententia, quam scripsit Bald. in d. l. si marito §. final. in princip. vsurarum odio id attribuens, quod cessat in fructibus: vltra quam alia etiam nec incolorata differentiæ ratio inter fructus, & vsuras assignari posset, nempe, quòd vsuræ nō cohærent rei de qua debentur, nec vnquam pars eius dici possunt; quod in fructibus secus est, qui natura sua cohærent rei ad quam competit actio, & cùm pendent, pars illius censentur. l. fructus pendentes, infr. de rei vendicat. quia tamen posterior hæc ratio ad fructus pendentes magis adaptatur, circà quos dubitatio non est; & prior non ita vrget, vt â communi sententia propter eam recedere debeamus; cum communi contra gloss. tenendum erit, in particularibus iudicijs, siue bonæ fidei, siue stricti iuris, fructus non venire iure actionis, sed officio iudicis, præterquàm, cùm stipulatione promittuntur.

24 Multùm autem interest, an fructus veniant iure actionis an iudicis officio; quia, cùm veniunt iure actionis, lata sententia super principali, super illis moueri actio denuo potest. Est tamen circà hoc notabilis differentia inter iudicia vniuersalia, & particularia (quia in particularibus, cùm fructus, & accessoria iure actionis veniunt, veluti, quia de illis in contractu actum est, si in libello non petantur, non potest super illis iudex sententiam ferre, sed alio iudicio ad id opus est, in vniuersalibus veró, quia fructus, & accessoria, pars rei censentur non est opus de illis specialem in libello facere mentionem; quia simplici rei petitione continentur, tanquàm partes illius; & ita Bart.in.l.2. num.3. &.4. C.de petition. hæredit. vbi eadem ratione hoc idem tradit circà fructus pendentes, in particulari iudicio; & cũ alijs eandẽ resolutionẽ & differentiam probat Barb. d 3.part. rubric. nu. 62. ff. solut. matrim Cùm verò fructus, & accessiones iudicis officio veniunt, lata sententia super principali, super illis instaurari lis alia non potest.l.4.C.deposit.l.final.ff.eo quod cert.loc. tradit Alex.d.l. si marito §. final.in princip.Ias. d.§ actionum, num.52.& sequenti, vbi, ad hoc, dixit, esse glossam notabilem in.l.3.§. si rem, verb.fortasis ff.de legat.3.& in l.non solúm in gloss.finali.ff.de rei vendicat. & est recepta sententia & limitatio ad. d.l.4.quam probat idem Ias. in. l.1. num.4. C.de iudic. Gam. decis.191. Barbos. d.3. part.rubr.nu.61. & in.l.1. 1.part. num. 48.ad fin. eod. titul.

25 Sed prosequendo principalem glossæ magnæ doctrinam in.d.§. actionum, circà fructus, nempe, vt in actionibus bonæ fidei veniant á tempore moræ, in actionibus verò stricti iuris, quando peto quod fuit meum, etiam veniant à tempore moræ, & quando peto quod non fuit meum, non veniant nisi post cæptum iudicium, eam sequitur Bald. in. l. petens, col. vltim. versicul. Dico quòd ista ratio, & ibi Dec. col penul. C de pact. Paul. Ias. Dec. & Alc.in. l.cùm fundus. ff. si cert. petat. & pluribus citatis Tiraq.lib.2.retr.§.5.gloss.2.nu. 5. Aret.in rubr.num.9.ff.solut.matr.& ibi Barbos.d 3. part.num.70.versicul. Adde, vbi receptum refert ex Cremens. in l. 2. num. 174. ad fin. C. de rescind. vendit. idem Barbos. in l. si mora, num.89.ff.solut.matrim.communem fatetur Cald. licet illi aduersetur in commentar. de emption. & vendition.c.23.nu.52.cum sequentib. vbi nu. 55. pro hac sententia plures refert. Probatur verô quod attinet ad distinctionis membrum pertinens ad contractus stricti iuris, ex tex. quem gloss. allegauit, in.l.videamus 2.§ si actionem. ff.de vsur. vbi, in actione ex stipulatu, quæ stricti iuris est, loquitur, & in sensu directo & expresso probat, quando per eam peto quod non fuit meum, non venire fructus nisi post cęptum iudicium, cum quo conuenit, tex.in.l.2.eod.titul.& in.d.l.cùm fundus, ff.si cert. petat. per quem tex. Ias. ibi num.1. & 2. regulam ponit, quòd in contractibus stricti iuris, fructus non veniunt nisi à tempore litis contestatæ, idem Ias.in.l. vinum num.19. eod. titul.si cert.petat.vbi cõmunem dicit Dec.num 16.quam primò limitat Ias. vtrobique, vt non procedat quando peto id quod est meum, vel fuit meum, tunc enim veniunt fructus á tempore moræ, per tex.in.d.l. videamus §. si actionem, à contrario sensu, quem ita intelligit Barbos.d.3. part. rubr. num. 70. versic. Neque. Quæ limitatio sublimitatur in con-

dictione

dictione indebiti,& ob causam; in quibus, etsi stricti iuris sint, propter naturalem tamen æquitatem quæ illis inest, ne alter cum alterius iactura locupletetur, veniunt fructus etiam ante moram, à tempore, scilicet, contractæ obligationis, l. qui se debere §. final. ff. de condict. caus. dat. cum concordant. vbi Ias. Barbos. vbi proximè, num. 71. vbi ad id etiam allegat Exeam de pact. num. 121.

26 Dubitat autem Ias. d. l. cùm fundus, num. 3. an de iure Canonico differentia ista sublata sit, veniantquè semper fructus à tempore moræ tam in contractibus stricti iuris, quàm bonæ fidei, quia iure illo bona fides maximè, & æquitas attenditur in omnibus contractibus? Et licèt non determinet, magis tamen inclinat in negatiuam partem, propterea quód à iure ciuili recedere non debemus etiam in terris ecclesiæ, & ecclesiastico foro, cùm á Canonico correctum non reperitur, iuxta reg c. 1. de nou. oper. nunt. quod veró ius seruandum sit, cum reperitur correctum, tradunt ibi Canonistæ, Bart. & alij in l. priuilegia. C. de sacrosanct. eccles. Ego quidem idem censeo, & confirmatur ex communi sententia sup. adducta, probante, generalem cōtractuum distinctionem, bonæ fidei, & stricti iuris, etiam iure Canonico procedere. Nec Pontificiæ æquitati repugnat, morosum debitorem, fructus lucrari post moram ante litem cum eo contestatam; si enim hoc iniquum esset, nec iure ciuili concederetur, quod & bonam fidem in omnibus contractibus attendit, & æquitatem quam eorum natura patitur, non aspernatur, secundùm quam partes contrahere, visi sunt; constat verò, naturam contractuum stricti iuris esse, vt stricti intelligantur quatenus sonant, & non vltra expressè conuenta; etsi aliquando æquitate exigente fructus veniant post moram, & ante moram, vt in casibus supradictis.

27 Sic etiam, etsi in contractibus bonæ fidei fructus regulariter veniant à tēpore moræ, secūdùm gloss. & cōmunem sententiam, aliquando tamen ante moram; & ab ipso contractus tempore veniunt, quando id postulat natura contractus, vt in venditione & emptione, de cuius natura est, vt fructus pertineant ad emptorem à tempore perfecti contractus, etiam antequám venditor sit in mora tradendi, sic prædicta communi sententia limitata, vt probat tex. in l. fructus, l. post perfectam, C. de action. empt. l. 2. C. de pact. inter emptor. & vendit. iuncto intellectu Fulgos. ibi num 2. Paul. 7. quem sequitur Barbos. dict. 3. part. rubr. num. 71. in fin. & sequenti, & in l. si mora n. 68. eod. tit. vbi alios refert: & eandem sententiam, quòd fructus veniant à tempore venditionis probat tex. in l Iulianus. § si fructibus, in fin. ff. de action. empt. cum alijs de quibus Barbos. in l. de diuisione num. 20. ff. solut. matrimon. vbi, receptissimam esse conclusionem, & indubitatam opinionem, refert, & eius rationem assignat ibid. num. 18. versic. Sed videtur.

Quod adeò verum est, vt etiam ex venditione conditionali, secuta postea conditione, fructus interim percepti ad emptorem pertineant; retrotrahitur enim conditionis implementum ad tempus contractus. l. potior est, ff. qui potior. in pignor. habeant. & ita probat Hieronym. Gabr. cons. 64. num. 13. cuius sententiam declarat Barbos. d. l. si mora num. 101. vt non procedat in conditione potestatiua pendente à potestate emptoris, quæ non retrotrahitur d. l. potior, sed

in casuali: & tunc addit, quód ita demum fructus sunt restituendi emptori, si ipse soluat vsuras pretij pro quantitate fructuum, vt in venditione à principio pura resoluit.

28. Mihi quidem difficile hoc videtur; considero, namque, disparem esse causam ac rationem venditionis puræ, & conditionalis; in conditionali, namque, ante conditionis euentum nō oritur actio. l. cedere diem, ff. de verbor. signific. l. itē quia. §. 1. iuncta gloss. ibi, ff. de pact. vnde videtur, nullū ius competere posse vēditori ad petendas pretij vsuras pro tempore, quo ad ipsum pretium actionem non habebat. Prætereà, illud constat, quòd, si venditor rem tradat emptori dato termino ad soluendum habita fide de pretio, intermedij temporis vsuras repetere non poterit, ratione fructuum ab emptore perceptorū, sic limitata decisione tex. in l. curabit C. de actionib. empt. Quod adeò in casu isto quidam probant, vt existiment, in eo nec expressa conuentione pacisci sibi posse venditorem medij temporis vsuras, ratione fructuum ab emptore interim perceptorum, quos refert Couar. lib. 3. variar. cap. 4. num. 5. qui tamen in hoc vltimo cōtrarium magis probat cum relatis ab eo. Si ergo, in casu quo nata est actio, non potest venditor vsuras pretij repetere, ratione fructuum perceptorum, quia nondum venerat dies eius, multò minus repetere poterit vsuras illius temporis quo actio nata non erat, & cuius nō venerat, nec cesserat dies. Et, si dicatur, quòd in casu prædicto illud procedit ex voluntate vēditoris, qui, dato termino ad soluendum renuntiasse visus est ius sibi cōpetens ex d. l. curabit; respondebitur, eandem voluntatis interpretationem sumi posse in casu venditionis conditionalis, cùm scire debuit venditor, nullum sibi ius superesse ad exigendas vsuras eius temporis, quo ad principale actionem non habebat. Conuenit regul. cùm principalis, ff. de regul. iur. regul. accessorium, eod. tit. lib. 6.

At verò in venditione pura, non ita se res habet, & prædicta cessant, statim enim vtrinque nascitur actio, & æquissimum est, vt emptor qui rei emptæ fructus lucratur, pro ratione eorum, vsuras pretij impendat, vt Iurisconsul. ait in l. Iulianus. §. ex vendito, ff. de act. et. pt. Quæ æquitatis ratio quanuis etiam versari videatur in casu proposito venditionis conditionalis, tamen in eo aliunde vsurarū præstatio impeditur, quia, scilicet, actionis ortus interim impeditur, & non est iniquum, vt venditor qui sub conditione rem suam vendidit, & de fructibus interim perceptis sibi non prouidit, eos, conditione secuta, iuxta contractus naturam, cum re restituat, solo pretio contentus; maximè quòd si res interim sinè culpa sua deterior facta esset, id emptoris damno cederet, integrum nihilóminus pretium soluturi, l. necessariò, versic. Quòd si pendente, ff. de pericul. & commod. rei vendit. Denique, prædicta sententia confirmatur, quia emptor, pendente conditione, nec constitutus est in mora regulari tradendi pretij, (quæ contrahitur per aduentum diei contractui appositæ, vel per partis interpellationem) nec in mora irregulari (quæ quando contractus purè celebratus est, contrahitur per alterius partis implementum) vnde ad vsuras pretij pro tempore quo conditio pependit, non est obligatus, quia ad eas nunquam tenetur in terminis d. l. curabit, nisi contracta mora saltem irregulari, vt ibi notat Bart. tradit

tradit Barbos. in l. de diuisione, nu. 18. versicul. Et confirmatur, & num. sequenti.

29 Sequens in glossa differentia inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris est, quia, etsi in omnibus, cùm factum est in obligatione, vel rem tradi, quod etiam facti est, l. si rem tradi, l. stipulationes non diuiduntur, in princ ff. de verbor. obligat. obligatio succedat ad interesse, & nō teneatur quis præcisè ad faciendum, vel tradendum. d. l. stipulationes non diuiduntur, vbi latè Bart. si quis ab alio §. final. ff. de re iudicat. tamen, si rem dari, est in obligatione, differentia est, quia in contractibus stricti iuris, præcisè quis tenetur ad dandum, & non liberatur soluendo interesse, l. vbi autem non apparet. §. final. ff. de verbor. obligat. secus existimat gloss. in bonæ fidei iudicijs, per. l. 1. ff. de action. empt. quam glossam reprehendit Ioan. Fab. ibi, num. 7. dicens, quòd fuit nimis curiosè ibi posita; nam plusquàm certum est, quòd in obligationibus dandi non succedit actio ad interesse, siue agatur actione bonæ fidei, siue stricti iuris, nisi in contractibus innominatis, vt notatur vbique, secundúm eum, & maximè in. l. vnic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest profer. & addit, quôd nusquam hoc gloss. alibi dixit, nec aliquis doctor, & quód in. d. l. 1. de act. empt. non erat in obligatione, rem dari, sed rem tradi; idcircò succedit actio ad interesse, prout etiam in cōtractibus stricti iuris d. l. stipulationes non diuiduntur, l. si fundum certa die præstari, eod. titul. de verbor. obligat. sequitur Ioan. de Plat. in. d. §. actionum, & Ias. ibi, num. 50. Mynsinger. 26. vbi asserit, quòd Doctor. communi calculo glossam reprehendunt, & quòd penè sinè controuersia est, tam in bonæ fidei, quám in stricti iuris contractibus, obligationem ad dandum non tolli soluendo interesse, exceptis contractibus innominatis, id quod etiam probauit Accurs. in. l. vnic. verb. contractibus in fin. C. de sentent. quæ pro eo quod inter. profer. Mantic. de ambig. conuent. lib. 1. titul. 9. num. 21. tom. 1. Et vltra alia quæ contra gloss. afferuntur, considero, quôd multò magis in contractibus bonæ fidei non liberabitur debitor soluendo interesse, quando in obligatione est, rem dare, conuenit, namque, bonæ fidei, quæ in his contractibus exuberantior esse debet, vt aliud pro alio creditori inuito solui nequeat. Qua ratione, in animæ iudicio, in quo bona fides maximè, & veritas conuenta spectatur, idem erit, vt, qui rem dare debet, siue ex bonæ fidei, siue ex stricti iuris contractu, soluendo interesse non excusetur, sed rem, si potest, præcisè dare teneatur.

30 Et non obstat, quód hæc eadem ratio, ac iuris regula, de alio pro alio crditori inuito non soluendo. l. 2. §. 1. in fin. ff. si cert. petat. in faciendi quoque obligationibus æquè militat; vnde videbatur, quòd etiam in illis non liberaretur debitor soluēdo interesse, vt contra communem latè contendit Coras. lib. 2. miscellan. c. 3. respondetur enim, in faciendi obligationibus, interesse, iuris censura non censeri aliud ab eo quod debetur, succedit enim in illis obligatio ad interesse; & hoc tamen non indistinctè procedit, nec planè, nam multas patitur fallentias, & difficultates, vt videri est apud Bart. d. l. stipulationes non diuiduntur, num. 36. cum sequenti, 8. quæst. vbi sex retulit Antiquorum sententias, & suam post eas: secūdùm quam, quando obligatio est ex contractu, regula est, quòd debitor non tenetur præcisè

præcisè ad factũ, sed soluendo interesse liberatur, cuius quatuor rationes adducit Bart. ibidem nu. 13. etsi fateatur, quòd non sunt necessariò concludentes, & eius sententiam magis communem dixit Abb. in c. veniens, num. 9. de iureiur. quam tamen ibi de iure Canonico non probat: communem dicit & sequitur Ias. in l. si quis ab alio. §. final. ad fin. ff. de re iudicat. & quòd regulariter in facti obligationibus, non teneatur quis præcisè ad factum, sed soluendo interesse liberetur, pro regula ponit idem Ias. d. l. stipulationes non diuiduntur, nu. 32. vbi limitat, & num. sequenti limitationes alias remissiuè dicit; & ex alijs communem dicit Gom. 2. tom. c. decim. num. 22. vbi regulam cum octo fallentijs adducit: Inter quas præcipua est, quæ communiter tenetur circà rem venditam, vt, nempe, eam venditor tradere teneatur, si tradendi habeat facultatem, nec tunc soluendo interesse excusetur, vt tradit gloss. in l. 1. ff. de act. empt. communis ex Gom. d. c. 10. num. 22. versicul. Septimus casus, & eod. tom. c. 2. num. 20. versic. Secundò principaliter limita, in fin. Couar. lib. 2. variar. c. 19. num. 1. & pluribus citatis communem tradit, & prosequitur Plot. de in lit. iur. §. 4. à num. 54. latè Fabian. de emption. & vendit. 6. quæstion. principal. versic. Ad octauum, ex num. 38. vbi hanc veram, & communem opinionem esse, scripsit. Prædicta autem communis regula & conclusio, etiam iure Canonico procedit, vt probat Felin. in c. 1. num 9. de pact. Zaret. in compendio differentiar. iuris ciuilis & Canonici, differentia. 66. Suar. á Ribeira in additionib. ad Gom. d. c. decim. num. 22. liter. l. etsi alij contrarium teneant, de quo. Rom, & Ias. d. l. stipulationes non diuiduntur, num. 33. ad fin.

31 Vltima differentia gloss. magnæ in d. §. actionum, inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris, est, quòd in illis veniunt ea de quibus nec actum, nec cogitatum est; secus in istis. Qua differentia limitari multùm videtur celebris & recepta traditio glossæ final. in l. talo pactum. §. final. ff. de pact. quam passim Scribentes extollunt, nempe, id seruari debere licet statutum non sit, quod versimile est, statutum fuisse, si de eo quæsitum fuisset; quod gloss. ibi etiam in strictis conuentionibus intelligit; & contra gloss. in. d. §. actionum tenet ibi Fab. num. 8. dicens, quòd etiam in contractibus stricti iuris veniunt ea, de quibus verisimile est, quòd partes cogitauerunt, etsi non expressissent, per tex. in l. cùm quid, ff. si cert. petat. vnde, inquit, quòd domo per stipulationem promissa, vel ex alio contractu stricti iuris, etiam affixa venirent; & equo per stipulationem promisso, cum fræno quod portare solet, promissus censebitur, non secus ac in venditione venit per. l. ædiles 2. in princip. iuncta gloss. ibi, verb. ornata, ff. de ædilict. edict. & Fabr. sequitur Ioan. de Plat. in. d. §. actionum; vbi tamen Ias. num. 55. cum sequent. eos notat quasi glossæ sensum minus assequutos, cuius sententiam contra eos ibid. defendit.

32 Primò igitur glossæ sensus est inspiciendus, deinde de veritate illius inquirendum. Et quod ad primum attinet; Glossæ sensus est, in cõtractibus bonæ fidei etiam ea venire de quibus nec actum nec cogitatum est: at verò in contractibus stricti iuris non venire ea de quibus nec actum nec cogitatum est. Si tamen omissum in illis, eiusmodi est, quod contrahentes, tempore contractus cogitasse, veri-

verisimile sit, etsi non expressissent, pro expresso reputabitur, vt in exemplo equi per stipulationem promissi, qui cum fræno & sella tempore contractus ostensus fuit, quæ idcircò venient cum eo, vt cum equo vendito, quia verisimile est, contrahentes id ita cogitasse, etsi contractus tempore nō expressissent. Cùm veró omissum, tale est, quod, verisimile est, contrahentes non cogitasse, veniet nihilòminus in bonæ fidei iudicijs, si id bona fides contractus exigit; sed non veniet in strictis conuentionibus, in quibus non ita ampla potestas iudici permissa est. Atque ita hoc sensu gloss. accipit Ias. d. num. 55. cum sequentib. & sequitur Mynsinger. ibi, num. 18. & sequenti, quanuis glossam reprehendant in exemplo per eam adducto pro bonæ fidei iudicijs, de l. fundi §. si ruta. ff. de actionib. empt. quia potiùs oppositum probat; & idcircò illo omisso alia adducit Mynsinger. d. nu. 19.

Præsens, itaque, gloss. differentia non stat in eo, quòd in contractibus bonæ fidei veniant ea, quæ, verisimile est, contrahentes cogitasse; non veró in contractibus stricti iuris, quia secundùm receptam glossæ traditionē in. d. l. tale pactum. §. final. in gloss. finali ad fin. etiam in contractibus stricti iuris veniunt ea, quæ, verisimile est, cogitasse contrahentes, etsi Ias. d. num. 56 & sequenti, in hac quoque specie differentiam procedere, existimet; sed stat in eo, quòd in contractibus bonæ fidei veniunt ea de quibus nec actum est, nec est verisimile, quód cogitatum fuisset; secus in strictis iudicijs. Et hoc est quod glossa manifestè sentit, dum ait, in bonæ fidei iudicijs venire ea de quibus nec actum, nec cogitatū est; de illo, namque, quod, verè non fuisse cogitatum, præsupponitur, dici nequit, verisimile esse, cogitatum fuisse.

33 Nec durum cuiquam videri debet, ea de quibus à contrahentibus cogitatum non fuit, contractu ipso quasi expressa venire, qui sinè consensu non constat, & consensus in ijs, de quibus non est cogitatum, considerari non potest: etenim consensus in contractu interuenit, qui consensu celebratur & perficitur; & quanquā ad ea omnia, quæ æquum & bonum est, in contractu venire, explicitè non interuenisset, tamen de natura contractus bonæ fidei est, vt saltem implicitè interuenisse credatur, quasi partes sic voluissent, & expressissent, si, cùm contraxerunt, de eo quod omissum fuit, cogitauissent; quod satis est, vt iudex suum officium interponat, cui in his contractibus libera potestas permissa est decernendi secundùm quod bonum & æquum est. § in bonæ fidei, instit. de actionib. Et exemplis quidem manifestiùs glos. sententia comprobatur; ecce enim in bonæ fidei contractibus post moram veniunt vsuræ, l. mora. § in bonæ fidei, ff. de vsur. cum multis alijs, quæ planè loquitur cùm de vsuris actum non est, alioquin enim, & in strictis conuentionibus venirent; porrò, intelligere leges omnes, quæ dicunt, vsuras venire post moram in contractibus bonæ fidei, quòd procedant, quia de illis cogitatum fuisset, etsi non fuisset expressum, violentia magna est, & diuiniatio. Eiusdem etiam rei præstat varia exempla tex. in l. Iulianus §. prætereà, & in l. Titius hæres, ff. de actionib. empt. in quibus, in actione ex vendito, & empto, veniunt ea, de quibus, verisimile est, non cogitasse contrahentes, cuiusmodi sunt sumptus facti in curatione serui vēditi, & funeris impensa, si sinè culpa venditoris

ris

ris moriatur, antequàm tradatur, vt in. d. § præterea; quem casum contrahentes non cogitasse, plusquàm verisimile est; & sic de alijs, in quibus, bona fides contractus idem seruari, postulet, vt pro ratione subdidit tex. in. d. l. Titius hæres, in fin.

34 At veró in contractibus stricti iuris, planum est, ea non venire de quibus cogitatum non est; cùm, & eos ad illa non extendi quæ non fuerunt expressa, tametsi verisimile sit, contrahentes de illis cogitasse, contra Fabr. & Ioan. de Plat. quos sequitur, etsi nō referat, Mynsing. d. §. actionū, num. 18. & sequenti, magis probet Ias. ibi, num. 59. & sequenti, per regul. l. quicquid astringendæ. ff. de verbor. obligat. secundùm quam, in contractibus stricti iuris, pro omisso habetur, quod verbis non est expressum. Qua tamen regula non obstante, dicendū est, etiam in contractibus stricti iuris aliquando pro expresso haberi, quod verbis omissum fuit; cùm, nempe, verisimile sit, quod contrahentes id cogitauerunt, & voluerunt, quanuis non expresissent. Hęc autē verisimilitudo & coniectura tacitæ voluntatis eorum, ex re super qua contractum est, elicienda venit: sic enim temperandum negotium erit, vt propter omissum verbum iniquus non reddatur contractus; etsi enim stricti iuris sit, nihil magis tamen ab eo abesse debet, quám iniquitas, & potius subintelligenda sunt verba, quám iniquitas inducenda, aut absurdum aliquod; cuiusmodi esset, si equo per stipulationē promisso, sinè fræno, & ephippio, quod tempore contractus portabat promissus intelligeretur, d. l. ædilis, 2. in princ. ff. de ędilit. edict. quæ etiam in stricti iuris contractibus accipienda est; si seruitute haustus constituta, seruitus quoque itineris ad hauriendū constituta non videretur. l. 3. §. qui habet, ff. de seruit. rustic. prædior. si vino, tritico, aut oleo mutuo dato, non æquè bonum redderetur. l. cùm quid, ff. si cert. petat. Ad eundem etiam casum pertinere, puto, vestimenta seruorum, quibus tēpore contractus induebantur; & cùm stipulatione promittitur chorus seruorum, instrumenta musica quibus vtebantur.

35 Huc etiam spectat rei debitæ æstimatio secundùm moræ tempus; nam debitor ex mutui contractu vel alio stricti iuris, si debito tempore non soluat triticum, vinū, aut alia quæ in genere suo functionem recipiunt per solutionem, & temporum diuersitate diuersitatem pretij suscipiunt, non satisfacit rem debitam æquè bonam vt acceperat, post moram soluendo, sed æstimationem illius secundùm moræ tempus soluere debet. Quanuis enim de hoc inter cōtrahentes actū expresè nō fuisset, verisimile tamē est, cogitatū sic fuisse, & sic eos voluisse; alioquin enim magna resultaret iniquitas, si debitor qui vinum, aut triticum mutuo accepit, vltra tempus statutum solutionem differens, eandem quantitatem, vel æstimationem illius minoris tunc valentem soluendo liberaretur; sic, namque, eueniret, vt ex mora sua cum damno creditoris commodum reportaret, quod nullum ius patitur; vnde traditum extat, æstimationē soluendam secundùm moræ tempus, in. l. vinum, ff. si cert. petat. l. penult. & vltim. ff. de condict. triticar.

36 Et quidem, cùm solutionis dies apposita est, nemo dubitat, tanti rem æstimandam, quanti tunc fuisset; quod sic expressum est in. d. l. vinum, & d. l final. Dubitant veró Doctores, cùm solutionis dies expressa non est, cuius

cuius temporis æstimatio sit habenda. Et. sanè passus est difficilis propter varia in hoc Iurisconsultorum respōsa, in quorum concordia multùm laborant Scribentes, alij tempus litis contestatæ spectantes, moti ex dict. l. final. & l. 3. §. in hac, in fin. ff. commodat. alij extraiudicialis interpellationis tempus. Et hoc inter eos communiter obtinuit, per dict. l. vinum, ibi, *quanti tunc, cùm petitum esset*, vbi glossa, etiam de petitione quæ fit extra iudicium, intelligit, dummodò congruo tempore, & loco petatur, & non habeat iustam causam litigandi reus; & ad tex. in d. l. final. vbi tempus accepti iudicij consideratur, respondet glossa vtrobique, procedere, si ante iudicium acceptum, debitor per extraiudicialem interpellationem in mora constitutus non sit. Quam Glossæ sententiam & intellectum, communem dicit, & probat Iason. d. l. vinum, circà princip. versicul. Teneas ergo, vbi inter alia adducit pro hac sententia, quia non debet plus operari interpellatio ficta, quæ inducitur per diei aduentum, quàm vera & expressa, quæ inducitur per extraiudicialem hominis interpellationem, l. filio quē pater. ff. de liber. & posthum. quo etiam argumento communem sententiam probat Gregor. in l. 8. titul. 1. part. 5. in gloss. final. ad fin. secundùm eam accipiens leg. illam Partitarum, in fin. quatenus tempus accepti iudicij considerat, vt, nempe, intelligatur secundùm communem, quando extraiudicialiter non esset priùs petitum; tunc enim, ex tunc, quasi à tempore moræ cresceret æstimatio, nulla in hoc adhibita differentia inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris.

Alij verò à communi recesserunt contendentes, litis contestatæ tempus spectari debere, de quo accipiunt verba tex. d. l. vinum, *quanti tunc, cùm petitum esset*, secūdùm tex. in d. l. final. de condict. triticar. considerantquè, non raró maiorem vim habere ad alios iuris effectus fictam seu tacitam interpellationem per diei aduentum, quám veram, & expressam, vt videri est apud Dec. d. l. vinum, num. 3. & Alc. ibi col. 2. versicul. Nec obstat, qui, etsi priorem sententiam, communem fateantur, ab ea recedunt, & alij ibidem, differentiam quoque in hoc probantes inter cōtractus bonę fidei, & stricti iuris; quam comprobant ex eo quod in fructibus traditum extat, qui in contractibus bonæ fidei veniunt á tempore moræ, in alijs à tempore litis contestatæ, de quo egimus sup. quo argumento idem æquè dicendum esset in mora contracta per diei aduentum, vt nec illius temporis æstimatio attendi deberet in strictis iudicijs, quia nec ex tunc debentur fructus ex contractibus stricti iuris quando peto quód non fuit meum, sed litis contestatæ tempus spectatur. l. videamus. 2. §. si actionem, ff. de vsur. cum communi de qua sup. non distinguente, quod ad fructus attinet, inter moram contractam per aduentum diei, & per extraiudicialem interpellationem, sed generaliter probante, eos non venire à tempore moræ, sed duntaxat à tempore litis contestatæ, in contractibus stricti iuris, quando peto quod non fuit meum; & tamen, quod attinet ad rei æstimationem, omnes agnoscunt, moram per diei aduentum causatam illi locum facere, nec de hoc aliquis dubitat, quod expresśe probat dict. l. vinum, & dict. l. final. Atque ita apparet, argumentum de differentia inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris, circà fructus, clau-

dicare in præsenti.

37 Tenenda est ergo communis sententia,& licèt Doctor. eam tenentes laborent in inuestiganda ratione differentiæ inter fructus, & æstimationem rei, quam reddere, difficile esse,dixit Paul. in dict. l. vinum, vbi vnam assignat, quam sibi ascribit Alex. ibi, nec illa placuit Iason. ibidem num.18. versicul. Ista ratio, qui tamen nullam aliam affert, sed cogitandam relinquit; ego quidem pro ratione diuersitatis recurrendum puto ad id quod sup. dixi, nempe, in contractibus stricti iuris etiam id venire de quo expresśe actum non est, quando verisimile est, de eo cogitasse contrahentes, &, si non subintelligeretur,resultaret iniquitas; quæ sané resultaret,si non deberetur æstimatio secundùm moræ tempus, vt sup. explicuimus: porrò,contrahentes ab initio contractus cogitasse de rei æstimatione soluenda secundùm moræ tempus, verisimile est, in ijs præsertim rebus, quarum æstimatio intra modicum tempus non modicùm sæpe variatur, cuiusmodi sunt eæ, quæ pondere, numero, aut mensura consistunt; vt sic, dum super ijs contrahunt,contraxisse videantur, vt, si ex præstituto tempore nõ reddantur,earum æstimatio iuxta id tempus exoluatur. Quæ ratio in fructibus,& accessionibus alijs cessat; de quibus, non est verisimile, cogitasse contrahentes, qui super re contraxerunt, cui ab initio,& semper ipsius valor & æstimatio inhæret, non accessiones aliæ,progressu temporis succedentes; vnde nimirùm, si dicamus, quod de his quæ tempore contractus non extabant,non cogitauerunt,de æstimatione verò sic, quam rerum suarum, quisquis,ante oculos semper habere, creditur.

Et secundùm prædictam communem sententiam accipiendus est Bart. in l.si filiusfamilias. §.cùm fundum.ff.de verbor.obligation. num.4. vbi tradit, quòd licèt non veniant fructus á tempore moræ in contractibus stricti iuris, sed à tempore litis contestatæ, vt in dict.l.videamus.§.si actionem, habebitur tamen ratio quanti plurimi res fuit à tempore moræ; non enim intelligendus est Bart. voluisse, fructus qui ex re percepti fuerunt á tempore moræ vsque ad tempus litis contestatæ venire vt interesse quanti plurimi, quanuis non veniant vt fructus: quo sensu Bartol. accepit Dec. dict. l. vinum, num. 16. eius sententiam non probans, & contra eam allegans Imol.d. l. si filiusfamilias.§.cùm fundum, vbi Imol.tradit, in contractibus stricti iuris, post moram haberi rationem quanti creuerit æstimatio propter aliud, & non propter fructus; quod est secundùm communem sententiam, secundùm quam accipiendus est Bart. d. §. cùm fundum, vbi dixit, habendam rationem quanti plurimi à tempore moræ, nec addidit, propter fructus; quorum ratio in æstimatione quanti plurimi habenda non est,præterquám si sint pendentes,secundùm Alex. ibi, alioquin enim, si perceptorum interim fructuum ratio quoque habenda esset in æstimatione quanti plurimi,lex statuens differentiam in casu fructuum inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris, inanis videretur, & verbis magis imposita quàm rebus, contra l.2.C. comm. de legat.

38 Sciendum est autem, quòd, cùm dicimus,æstimationẽ secundùm moræ tẽpus fieri debere, de augmẽto quoque æstimationis ab ipso moræ tempore excrescente intelligimus cũ Bart.

Bart. & communi sententia in dict. l. vinum; mora enim, etsi à momento temporis incipit, momento temporis non clauditur, sed habet tractum successiuum, & qui incipit esse morosus, morosus est donec soluat; atque ita, vt æstimatio verè dicatur fieri secundùm moræ tempus, necesse non est, vt fiat inspecto moræ initio; quia, quodcunque moræ tempus inspiciatur, secundùm moræ tēpus verè fieri dicitur: & alioquin, si contra cōmunem tenendum esset, contra quam tribus exceptis casibus tenet, & pluribus contendit Alc. d. l. vinum, col. 3. & 4. ex versicul. Sed tamen, eueniret, vt diuturnior mora, vtilior esset moratori cum damno creditoris.

Nec leges, quæ varia tempora exprimunt, secundùm quæ, dicunt, æstimationem fieri debere, contrarium probant; quod enim varia tempora exprimunt, eò pertinet, vt tempus moræ doceant vnde æstimationis ratio haberi incipiat; quæ aliquando incipit per aduentum diei, aliquando per extraiudicialem interpellationem, vt in d. l. vinum, iuncto communi intellectu; aliquando, his, nempe, non præcedentibus, per litis contestationem, vt in d. l. final. & in l. 3 §. in hac, in fin. ff. commodat. Atque ita, prædicta legum declaratio otiosa nō fuit, qua docere intenderunt, secundùm varios casus varia contrahendæ moræ tempora, vt inde æstimationis ratio pro tempore moræ haberetur; tenenda itaque est communis sententia, quę magna nititur æquitate, & iuris regula, secundùm quam, nemo debet, ex mora sua commodum reportare; & denique (quod multùm præponderare debet) communi sententiæ mens contrahentium & voluntas subintellecta in ipso contractu, consonat.

Sanè in bonæ fidei iudicijs communis sententia multò magis probanda est, cùm in illis à tempore moræ veniant vsuræ, fructus, & accessiones aliæ, in quibus æstimationis augmentum annumeratur, de quo loquitur tex. in l. si sterilis. §. cùm per venditorem, ibi, *quamuis æstimatio crescat, si vinum hodie pluris sit*, ff. de actionib. empt. l. 3. §. si per venditorem, eod. titul. cuius verba ibi, *vel quo lis in condemnationem deducitur*, extentiuè accipit Alc. d. l. vinum, col. 8. versicul. Sanè in emptionis, vt, scilicet, comprehendant omnem temporis tractū à contestatione litis, vsque ad sententiam; cui addendum est, vt etiā præcedens moræ tempus comprehendant, & illud enim venit in litem quæ in condemnationem deducitur.

39 Opponit verò Glossa, & Glossatores antiqui, Bart. & alij in d. l. vinum, contra tex. ibi, de d. §. si per venditorem, quatenus ibi à tempore cōtractus æstimatio crescit; quod difficile esse contrarium, dixit Bart. dict. l. vinum, num. 4. ad fin. vbi, postquàm alias aliorum solutiones adducit, illo respondet, in specie illius tex. tempore contractus, moram venditoris incæpisse, quia emptor statim soluit pretium, sequuntur Bald. & Angel. ibi; sed Fulgos. num. 6. ibidem, & Ias. num. 18 prope finem, versic. Quarta fuit solutio, Bartol. solutionem refutant, vt diuinatoriam, & falsam; falsum enim reputant, quòd mora irregularis, quæ inducitur per pretij oblationem, seu solutionem, sufficiat, vt æstimatio crescat. Ego quidem, magis puto, irregularem moram sufficere ad æstimationis augmentum in contractu bonæ fidei; &, si qua inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris differentia circà hoc est, in eo consistit, quòd in con-

tractibus bonæ fidei, propter bonæ fidei exuberantiam, quæ de illorum natura est, irregularis mora sufficiat, vt ex ea æstimatio crescat; in strictis verò iudicijs nō sufficiat hæc ad hoc, sed regularis mora interuenire debeat, iuxta d.l. vinum, cum communi sententia, & intellectu, de quo sup.

Quod verò attinet ad intellectum tex. d. §. si per venditorem, non est opus diuinare, an ibi mora irregularis contracta fuerit in persona venditoris per pretij receptionem in ipso contractus tempore, vt Bartol. intelligit: an regularis, quia conuentum fuerit, vt res statim traderetur, vt alij existimauerunt, quod commune dicit, & defendit Fulgos. d.l. vinum, nu. 6. & ibi Ias. d num. 18. in fin. Alij quos secutus est Dec. ibi num. 15. in fin. diem aliam traditioni præstitutam fuisse, asseruerunt, addentes verbum, *tradendum*, verbo, *venit*, de quo in tex. cùm enim, in lege sit expressum, per venditorem vini moram factā fuisse, quòminus traderetur, de venditoris mora nobis constat, vt ex ea æstimatio crescat; nihil autem refert, scrutari quo modo facta fuisset, quam legitimis rationibus inductam credere debemus, ex reg. l. qui testamento. ff. de testament. vt ait Alc. d.l. vinum, col. 8.

40 Solet etiam in materia ista pro difficili haberi tex. in l. 3. §. in hac, ff. commodat. vbi differentia ponitur inter bonæ fidei iudicia, & stricti iuris, vt in illis rei iudicatæ tempus quanti res sit, obseruetur, in his litis contestatæ tempus spectetur; in cuius tex. intellectu, dixit Bart. ibi in princ. videri obtenebratos fuisse intellectus Antiquorum; & num. 4. post septem ad eum aliorum intellectus relatos, & confutatos octauo loco suum assignat; dicens, principium tex. loqui de iuramento in litem quod est affectionis, & præstatur in actionibus bonæ fidei, secundùm tempus sententiæ; finem verò de iuramento in litem quod est veritatis, & præstatur in stricti iuris iudicijs secundùm tempus litis contestatæ. Quem intellectum sequuntur Bald. Salycet. Paul. Roman. & Iason. num. 19. in dict. l. vinum, & multùm commendat ibi Fulgos. num. 7. differentiæ rationem assignans, quam etiam scripsit d. §. in hac, col. 2. ad fin. vbi Bart. eam tradit. Sed profectò huic intellectui non bene adaptatur aduersatiua dictio, *quamuis*, in text. posita, de cuius natura est, vt aduersetur his quæ sunt eiusdem generis, vt de dictione, *autem*, quæ aduersatiua etiam est, notant Glossa, & Bart. in l. mariti §. final. ff. de adulter. & de dictione, *quamuis*, Iason. d.l. vinum, numer. 22. cuius responsio ibi difficultati non satisfacit.

Præterea, prædictus intellectus multò minus congruit verbis tex. ibi, *quanti res sit*, quæ de rei æstimatione secundùm rem ipsam, verè & propriè intelliguntur, & non, secundùm affectionem agentis, vt Bart. & Sequaces accipiunt, quod verborum proprietas non patitur; qui enim dicit, *quanti res est*, de vera rei æstimatione intelligit, & non de æstimatione affectionis quę fit per iuramentū in litem, vt optimè probat tex. in l si tutor, ff. de in lit. iurand. l. inter hæc verba. ff. de verbor. significat. si ergo tex. in dict. §. in hac, ibi, *quanti res sit*, propriè intelligendus est, de æstimatione vera intelligendus est, & non de æstimatione affectionis per iuramentum in litem, quæ non dicitur rei pretium seu æstimatio dict. l. si tutor l. 1. eod. titul. Deinde, contra eundem intellectum

intellectū facit, quia secundùm eum, non raró eueniet, melioris conditionis esse creditorem ex contractu stricti iuris, qui iurat quanti res fuerit tempore litis contestatæ, quám creditorem ex contractu bonæ fidei, qui iurat de affectione secundùm tempus sententiæ; non raró enim euenire potest, vt res pluris sit secundùm verum ac commune pretium tempore cępti iudicij, vel ante, post moram, quàm sit in affectione agentis, tempore sentētiæ: vnde etiam succedit, quòd post litem contestatam deterior fiet conditio agentis, si rem forté affectione sua pluris æstimabat litis contestatæ tempore; quod esse non debet, secūdùm regul. l. non solet. ff. de reg. iur. quam contra Azon. intellectum ad d. §. in hac, considerat ibi Bart. col. 2. versicul. Prætereà secundùm Azon. Denique, omittendum non est, causam iuramenti in litem quod præstatur in iudicijs stricti iuris, & est veritatis, non magis ex tempore litis contestatæ, quâm retro ante ex moræ tempore posse contingere, vt in l. in actionibus, versicul. Planè, ff. de in lit. iurand. Vnde non erat, cur Iurisconf. in d. §. in hac, huius iuramenti causam in contractibus stricti iuris, ad tempus cæpti iudicij restringeret vt pro ratione prædicti sui intellectus Bart. præsupponit.

41 Ego igitur illo omisso, & alijs de quibus per eum, dicerem, Iurisconsult. in dict. §. in hac, secundùm Azon. intellectum fore accipiendum, quem Glossa ibi retulit, & Bart. col. 2. 3. locó. Pro cuius explicatione, ac confirmatione præmitto, Iurisconf. Vlpian. ibi, duo docere intendisse circá contractus bonæ fidei, duasquè differentias compendio inter eos, & stricta iudicia asignasse. Prima est in initio, vbi ait, quòd in actione cōmodati, de qua loquitur, sicut in cæteris bonæ fidei iudicijs in litem iuratur; & sic docet, regulariter iuramentum in litem in actionibus bonæ fidei deferri, non in actionibus stricti iuris: quam etiam differentiam inter hæc iudicia probat tex. capitalis, & ibi Bart. & Scribentes in d. l. in actionibus, & vltra adductas á Gloss. in §. actionum, instit. de actionib. hanc ibi Doctor. communiter addere solent. Diuersitatis autē ratio pendet ab eo, quia per iuramentum in litem dolus aduersarij punitur, l. 2. versic. Cùm veró. ff. de in lit. iurand. & quanuis dolus ab omnibus contractibus abesse debet, & in omnibus bona fides exigatur. l. bonā fidem. C. de obligat. & act. l. si mādato 2. §. Paulus respondit 1. in fin. ff. mandat. tamen arctiùs in bonæ fidei contractibus exigitur bona fides pro illorum natura, longiùsquè ab eis idcircò dolus abesse debet; & hinc prouenit differentia illa quam primo loco notauit Gloss. magna & ibi communiter Scribent. in d. § actionū, Glossa etiam & communis in l. & eleganter, ff. de dol. nempe, quód dolo dante causam contractui bonæ fidei, ipso iure nullus manet, & dolo dante causam contractui stricti iuris, ipso iure valet, exceptionis ope rescindendus. Hinc ergo etiam prouenit differentia prædicta, eiusquè ratio; strictiùs, namque, puniri debuit dolus in iudicijs bonæ fidei, quám in iudicijs stricti iuris: vnde in illis iuramentum in litem, quod est affectionis, locum habet propter dolum, vel contumaciam aduersarij, iudicis præcepto non parentis; in his iuramentum veritatis defertur, d. l. in actionibus, versicul. Planè; qui etsi loquatur in casu quo res perijt post moram, & sinè iurisiurandi relatione nequit æstimari, idem tamen erit, quanuis aduersarij dolo

 id eue-

id euenerit; non enim iuramento in litem affectionis, sed quanti res fuit, locus erit in iudicijs stricti iuris, vt communis differentia procedat inter hæc, & bonæ fidei iudicia, in quibus propter moram ac culpam sinè dolo aut contumacia commissam ad iuramentum in litem non deuenitur. d. l. 2. d. l. in actionibus, versic. Sed in his.

42 Sed obstat, quòd actiones, quæ natura sua sunt stricti iuris, post sententiam transeunt in arbitrarias, vt puta, si cōdemnatus rem restituere, vel exhibere, dolosè & ex contumacia iudicis iussui non pareat: fiunt enim actiones arbitrariæ, ex varijs causis, ad varios effectus, propter aliquod accidens in illis eueniens præter ipsius actionis naturam, veluti propter loci adiectionem, vt in titul. de eo quod cert. loc. vel propter iudicis contemptum, vel denique ex causa alia ante sententiam vel post eam contingente, propter quam, æquitate id exigente, iudici potestas commissa est arbitrandi, & decernendi quantū alterum alteri præstare expediat; hāc doctrinam ponit tex. in. §. prætereá quasdam, instit de action. Bart. d. l. in actionibus, num. decim. & ibi Ias. nu. 7. vbi communem dicit; secundùm quam nulla actio potest fieri arbitraria, nisi quæ natura sua sit stricti iuris, vt ibi aduertit Ias. num. 3. nam bonæ fidei. actio ex natura sua habet, vt iudex circà eam arbitretur ac decernat secundùm quod bonū & æquum est, alterum alteri condemnari, etsi de illo actum non fuisset, §. in bonæ fidei, inst de action. Cùm, ergo, actiones stricti iuris, fiant arbitrariæ post sententiā propter cōtumaciam partis illi nō parētis, & in arbitrarijs, æquè vt in bonæ fidei actionibus iuramēto in litem locus sit, Gloss. Bart. & alij d. l. in actionibus, & pluribus relatis pro cōmuni tradit Plot. de in lit iurand. §. 22. num. 5. & 6. cui iuramento nunquam locus esse potest, nisi dolo, aut contumacia illi causam præbente. d. l. in actionibus, versic. Sed in his. d. l. 2. eod. titul. videtur, quód differentia prædicta iuramenti in litem inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris non subsistat.

Et certè difficultas ista non parum vrget contra communem; quæ tamē tenenda est, quia optimis, stabilita est fundamentis; & pro resolutione difficultatis dicendum, quòd iuramētum in litem, non solùm præstatur propter dolum ac contumaciam in non parendo iudicis decreto, sed etiā propter dolum absque contumacia commissum, vt probat tex. in d. l. 2. ibi, *Cùm verò dolus, aut contumacia, &c.* vbi Iurisconsult. dolum, & contumaciam ponit, interiecta dictione, *aut*, tanquàm diuersas causas iuramenti in litem; & quidem cùm illud contumaciæ causa refertur, etiam in stricti iuris actionibus locum habet, quia propter contumaciam non obtemperantis, stricti iudicij naturā exuunt arbitrariæ factæ, vt per Plot. qui pro regula, & communi tradit, á qua, inquit, quòd nulla actio excipitur, d. §. 22. num. 6. & 7.

Et bene quidem (vt hoc obiter annotemus) si remedio alio satisfieri posit iudicis præcepto, ad iuramentum in litem non erit accedendum; est enim remediū subsidiarium; adeò vt, si manu militari á posidente, & parere nolente, res auferri posit, hoc priùs auxilio, quàm iuramento in litē vtendum sit. l. qui restituere. ff. de rei vendicat: vnde si controuersia sit super re immobili, non erit locus huic iuramento, siue in actione stricti iuris, siue bonæ fidei, contra posidentem, quia semper militaris manus auxilio

res

res ab eo quantumcunque contumace & renuente extorqueri poterit: si verò controuersia sit super re mobili, quæ à possidente occultari facilè potest, ita vt militaris manus auxilio prouideri actori non possit, crebriùs ad iuramentum in litem deueniendum erit. Qua ratione intelligendus est tex. in l. si cui locauerim, versicul. Qui seruum, ibi, *vel aliam rem non immobilem non restituit*, ff. locat. vbi probat, contra eum qui rem mobilem nō restituit, in litem iurari; non enim Iurisconsf. negat, & aduersùs mobilia possidentes, manus militaris auxilio priùs vti debere, si ita res auferri possit, sed ad ea quę frequentiùs accidūt, responsum adaptauit, nempe, ad res mobiles occultatas.

At verò (vt ad propositum redeamus) cùm dolus sinè contumacia committitur, veluti quia ante iudicis præceptum, & ante cæptum iudiciū dolo fecit aduersarius, quòminus eam in tempus rei iudicandæ possideret, iurabitur in litem propter dolum, in actione bonæ fidei, non verò in actione stricti iuris, quæ in hac specie doli sinè contumacia commissi non transit in arbitrariam, sed suam seruat naturam. l. arbitrio, versic. Non tantū infr. de dol. vbi in actione de dolo qui siné iudicis contemptu adhibitus fuit, arbitrium illi non datur in iuramentum in litem, tradit Bart d. l. in actionibus, num. 11. Atque ita, communis sententia & differentia intellecta manet, & defensa. Quæ extra casum doli commissi sinè iudicis contemptu, verbalis potiùs appareret, quàm realis, & alicuius effectus.

43 Hanc, itaque, differentiam inter bonæ fidei, & stricti iuris contractus edocet tex. d. l. 3 §. in hac, in initio. Alteram deinde ponit à priore diuersam, quæ ad iuramentum in litem non spectat, sed ad æstimationem quanti res sit; quod de vera æstimatione ac rei pretio intelligitur, vt diximus. Circá quam, differentia, quam Iurisconsult. ponit inter hos, & illos contractus, est, quòd in contractibus bonæ fidei tempus sententiæ spectatur; in contractibus verò stricti iuris, litis contestatæ tempus. Quam differentiam expressè tradit Vlpian. in d. §. in hac, qui tam in vno, quàm in altero casu de tēpore vsque ad quod, iuxta Azon. intelligendus est, vt, nempe, in actionibus bonæ fidei (in quibus etiam accipiendus est idem Vlpian. in l. in hac ff. de condict. triticar. quia triticaria condictio generalis est ad omnes res & cōtractus, præter pecuniam numeratam, vt in l. 1. illo, titul.) quanti res sit, æstimatio crescat vsque ad tempus rei iudicatæ; in actionibus verò stricti iuris, vsque ad tempus litis contestatæ; sic limitata, seu declarata communi sententia quam defendimus sup. cōtra Alc. de æstimationis augmento ex moræ tempore. Differentiæ autem rationem pręstat exuberantior bona fides, quæ bonæ fidei iudicijs inest, & lata in illis potestas iudici commissa; quę cùm non ita extendatur in actionibus stricti iuris, nimirùm, si quanti plurimi æstimatio, quæ in his, & illis iudicis officio venit, vt accessiones aliæ, iuxta communem sententiam, magis extendatur in illis, quàm in his, latiùs & exuberantiùs in bonæ fidei iudicijs, pro actionis natura, iudicis officio se habente.

44 Nec durum videri hoc debet, quasi, secundùm prædictum intellectum, creditor ex contractu stricti iuris, deterioris conditionis fiat per litis contestationem, vt contra Azon. argumentatur Bart. d. §. in hac, col. 2. ex regul. l. non dolet. ff. de regul. iur.

 l. aliam

l.aliam.ff.de nouat.nam, præterquàm quòd regula illa quandoque fallit, vt notat Dec.per tex.ibi d.l.non solet, respondendum est, in præsenti non fieri deteriorem conditionem creditoris per litis contestationem; si enim contingat, quód post litem contestatam crescat æstimatio rei petitæ, hoc contestatio litis non effecit, nec ex illa prouenit, cum qua pretij augmentum nihil commune habet; sed venit per accidens aliud extrinsecùs, & quidem valde remotum, quod in iudicijs attendi non solet.l.4.versic.Si is qui. ff. de fideicommissar.libertat. Qua etiam ratione, creditor ex contractu bonæ fidei post sententiam pro se latam, deterioris conditionis esse non dicetur quia post eam non crescit æstimatio, vt cum Azon.probauimus, per d.§.in hac, quod generaliter probant Vltramontan. quando æstimatio venit officio iudicis, etsi Bart. ibi num.9.teneat, hoc casu æstimationem quanti plurimi durare vsque ad executionem. Hoc autem intelligitur in ijs quæ pondere, numero, & mensura consistunt, & etiam in specie debita quæ tempore sententiæ extabat, & á debitore reddi non poterat; nam si perempta erat, post rei interitum æstimatio quanti plurimi non perseuerat, iuxta d.l.in hac.ff.de condict.triticar.

45 Cuius argumento, quod dicimus, æstimationem quanti plurimi in his quæ pondere, numero, aut mensura consistunt, crescere vsque ad litẽ contestatam, vel vsque ad rem iudicatam, secundùm contractus naturam, non ita generaliter & indefinitè est accipiendum, vt quocunque tẽpore lis contestetur, aut sententia feratur, ad illud vsque æstimationem crescere intelligatur: si enim res tales sint, quæ prout in plurimùm intra collectionis suæ annum distrahi soleant, nec vltra asseruentur à prudente patrefamil. quia periculum sit in mora, corruptionis fortè, vel detrimenti alterius, vt in frumento, & vino experientia constat, æstimatio quanti plurimi, collectionis annum non transgredietur, sed illo terminabitur, etsi post illud debitor morosus conueniatur. Itaque, qui hoc anno mense Ianuario certas vini amphoras vendit, aut promittit, statim, vel ante sequentes vindemias tradendas, ex mora crescet æstimatio vsque ad litem contestatam vel sententiam, dummodò hoc eueniat ante tempus sequentium vindemiarum; & non crescet vltra eas, quanuis post eas creditor debitorem conueniat: nam vinum hoc anno collectum, prout in plurimùm, saltem apud nos, eodem anno distrahitur; & ita, quasi rei antea peremptæ, post annum collectionis suæ, æstimatio illius non crescet, iuxta d.l.in hac, sic limitato tex.d.l.3.§.in hac. ff.cõmodat. Quôd si traditionis tempus conferatur in sequentes vindemias, vel post eas, sequentis anni æstimatio attendenda erit. Et sic in frumento, & alijs, quæ á communiter accidentibus intra collectionis suæ annum distrahi solent. Tametsi Emman. Barbos. in remission.ad Ord Reg.lib.4 tit.20. loquẽs in pensione frumenti ab emphyteuta, & colono quotanuis soluẽda, æstimationem quanti plurimi ad triennium vsque extendat, numerandum à die debitæ solutionis, eo ductus fundamento, quia frumentum, triennali spatio durare potest incorruptum, & dominus, si debito tempore solutum fuisset, per totum illud tempus seruare potuisset. Quæ ratio vinariæ quoque pensioni adaptari æquè potest, cùm vinum in triennium & vltra seruari incorruptum aliquãdo posit, & vetus,

& vetus, vt pretiosius, cariùs venditur. Non tamen hoc satis est ad æstimationem quanti plurimi in frumento, & vino debito protrahendam vltra collectionis annum, quando contrahentes id non expresserunt; quia, etsi frumentum, & vinum triennij spatio, & vltra durare posit incorruptum, & dominus seruare potuisset, id tamen non ita frequens euenit, nec consuetudo obseruat; secundùm quã, eiuscemodi res, intra annum collectionis à prudentibus distrahi solent; atque ideo præcedens sententia quã scripsimus, á mente iuris aliena videri non debet, cui & regionis cõsuetudo, & contrahentium mens iuxta eam intelligenda arrident.

Ex ijs autem quæ diximus sup. ad intellectum d. l. 3. §. in hac, apparet, duas differentias à Iurisconsl. ibi assignari inter contractus bonæ fidei, & stricti iuris, vlta traditas á Gloss. in §. actionum, instit. de action. de quibus egimus sup. Et alias quas ibi Scribent. inculcant, percurrere non curamus, ne longiùs, quám oporteat pro instituto nostro, præsens articulus excurrat. Pro cuius complemento, quia sermo incidit de æstimatione quanti plurimi, & peculiarem legem Regiam de hoc habemus, operę pretium duxi, eius hìc explicationem subiungere, &, quatenus à iure communi deuiet, explanare.

46 Regiam, itaque, Ord. habemus lib. 4. titul. 20. quæ pro æstimatione frumenti venditi habita fide de pretio, vel mutuo dati, præcipit, obseruari æstimationem quanti plurimi à die traditionis vsque ad diem Assumptionis Deiparæ Virginis primò futuram. Et primò notanda est lex Regia quæ hoc adeó præcipit in venditionis casu, vt nec maius aliud pretium à partibus cõuentum, nec tẽpus aliud ab illis expressũ in ipso cõtractu, pro æstimatione frumẽti seruari velit, sed demum quanti plurimi fuerit à die traditionis vsque ad sequentem Assumptionis diem, dummodò quãti plurimi valor conuentum pretium non excedat. Quod intelligitur, quãdo tempus à contrahentibus expressũ solennem illam diem in lege expressã transcendit; atque ita, etsi contrahentes solutionis diem in ipso contractu vltra distulerint, pro æstimatione quanti plurimi, tempus à lege definitum seruandum semper erit. In quo iam apparet, legem nostram à iure communi multùm differre, vtpotè, quæ nec diem solutioni adiectã considerat, nec extraiudicialẽ aliquã interpellationem, aut litis contestationem, nec rei iudicatæ tempus; sed multò magis deuiare videtur, quatenus æstimationem quanti plurimi res fuerit intra tempus in ea declaratum præfert pretio expressim in ipso contractu à partibus conuento. Voluit, nempe, lex improbo fæneratorum vitio obuiare, qui frumentum habita fide de pretio cariùs, quám fas sit, vendunt miseris agricolis, & egenis, ad seminandum, & ad se, suosquè alendos, voluit, inquam, fænori improbo obuiare, pretio iniusto & excessiuo præferens æstimationem quanti plurimi, ad eam vsque diem attendẽdam, qua secundùm cõmunem vsum frumentariæ annonæ annus terminatur & nouus incipit. Sed & hoc in foro conscientiæ locum non habere, præterquàm cùm venditor in illud vsque tempus rem esset seruaturus, ad leg. Patriam cum iudicio obseruauit Rebell. de obligation. 2. part. lib. 8. quæst. 8. num. 5. versicul. Ad vtramque.

47 Secundò notandum est, dict. Ord. loqui de frumento vendito habita

bita fide de pretio, & ita emptori tradito, ex quo, iubet, æstimationis quãti plurimi rationem haberi, dummodò non sit maior quám quæ à contrahentibus fuisset expressa; & sic apparet, quôd etsi fauore emptorum, & in odium venditorum statuta fuit lex ex ratione prædicta, loquitur tamen de æstimatione quanti plurimi contra emptorem currente. E conuersó veró, quando per venditorem steterit quòminus frumentum traderetur, quod ex lege contractus tradi debuit pretio statim soluto, siue habita de eo fide, quo casu æstimatio quanti plurimi contra venditorem currit, quia Ord. in casu isto nihil disponit, recurrendum erit in illo ad ius commune, de quo in l.3 §.si per venditorem, & in l.si sterilis.§.cùm per venditorem ff de action.empt.

48 Tertió obseruanda est lex Regia, dum mutuatum frumentum solui iubet, eo modo, quo pretium venditionis in casu præcedente, facta tamen differentia in eo, quia in venditione, pretium semper solui debet in pecunia numerata, vt contractus natura postulat: at veró in mutuo, etsi actum fuisset, vt solutio fieret post tempus in lege declaratum, nõ potest post illud mutuatarius cogi ad solutionem frumenti in eadem specie, sed arbitrio eius manet, an soluere velit in eadem specie eiusdem bonitatis intrinsecæ, quod est de natura mutui, l. cùm quid. ff. si cert. petat. vel æstimationem quanti plurimi fuerit à die receptionis vsque ad sequentem sacræ Assumptionis diem, prout in casu frumenti venditi dictum fuit.

Circà quod notandum est, solutionis diem mutuo in casu isto adiectã, hoc operari, vt ante eam debitor conueniri nequeat; porrò, cùm venerit dies, in arbitrio eius erit, soluere in pecunia quanti plurimi res fuit intra tempus in lege declaratum, vel in re eiusdem speciei, ac bonitatis, in quo magnus deprehenditur mutuatarij fauor supergrediens eum qui datus est emptori in casu præcedente: nam ibi emptor viliori pretio quám quod res habuit tempore traditionis sibi factæ soluere nunquã potest; euenire veró potest, vt maiori soluat, idquè non raró, iuxta commune, scilicet rei augmentum intra tempus à lege declaratum, & sic nunquam minus soluet quàm quod recepit; at veró debitor ex mutuo, non raró eueniet, vt minus soluat quâm quod recepit; si enim solutionis die, frumenti pretiũ vilius sit, quàm esset tempore recepti mutui, eandem eiusdem bonitatis intrinsecæ mensuram frumenti soluendo liberabitur. In quo cum dispositione legis nostræ conuenit Sot. de iustit. & iur lib.6. quæst.1. artic.2. qui hanc amplexus est opinionem in mutuo, quam sequitur Card. Tolet. in summ. lib 5. c.34. nu.1 ante versicul. Primum est, tuetur, & vsu receptam videri, dicit Lessius lib. 2. de iustit. & iur. c. 20. dubitat. 17. num. 150. & in numer præcedente contrariam quoque probabilem dixit, quam tenuit Petrus Nauarra lib.3. c.2. num.252. & sequentib. & distinctione adhibita resoluit Rebell. d. quæst. 8. conclus.3. vt ibi per eum.

49 Quód veró Ord. d. lib.4. titul. 20. dum loquitur in mutuo, loquatur, & æquè procedat siue tempus solutionis adiectum fuisset, siue non, vt planè loquitur in casu venditionis, dubitare non licet, etsi verba legis circà mutuum aliquantulum sint obscura, ait enim, *ou se emprestarem pão sem lhe porem tempo certo, ou termo de certos annos, mandamos, &cæt.* vbi deest præpositio, *a*, latinè, *ad*, ibi, *ou termo de certos annos,*

annos, debuit enim dicere, *ou á termo de certos annos*, id est, *aut ad terminum certorum annorum*, vt sic verba ista referantur ad illa, *ou se emprestarem pão*, & non ad illa, *sem lhe porem tempo certo*; ad quæ, si, referri, dixerimus, immediatè sequentia, *ou termo de certos annos*, fateri cogemur, verba ista, otiosa omnino, & absque vllo effectu in lege scripta fuisse: quod superfluitatis vitium legum Compilatoribus ascribere, fas non est, sed magis cōuenit dicere, librarij, aut typographi incuria prępositionem, *a*, vt diximus, omissam fuisse. Qua stante, planè, & vniformiter dispositio legis procedit in mutuo, vt in venditione, tam vbi certa solutionis dies in contractu dicta fuit, quàm vbi non fuit.

50 Quartò obseruandum est, in specie d Ord. tam in primo, quám in secūdo casu, interpellationem extraiudicialem nihil operari ad æstimationis augmentum; quod enim dies expressa non operatur, non operabitur interpellatio extraiudicialis, iuxta l. vinum. ff. si cert. petat. cum ijs quæ circâ eam sup. tradidimus, quibus constat, non maioris esse vis & effectus ad inducendum æstimationis augmentum interpellationem extraiudicialem, quàm diei aduentum. Et denique, in lege Regia hoc expressū habemus, ibi, *E isto posto que os vendedores não peção o pagamento ao dito termo, ainda que lho peção despois, em qualquer outro tempo*; vbi de venditione loquitur, quæ bonæ fidei contractus est, multó magis igitur, in sequenti casu, qui pertinet ad contractum stricti iuris, idem æquè dicendum erit.

Dubitatio veró erit, an lite cæpta cum debitore moroso crescat æstimatio in casibus de quibus ibi? Et magis puto, quòd non. Primò enim verba legis antea citata, sunt generalia, nec tantùm comprehendunt petitionem extraiudicialem, sed etiam iudicialē, maximè stante opinione illorum, qui d.l. vinum, contra communem de iudiciali intelligunt ibi, *cúm petitum esset*. Deinde, secundùm ius commune æstimatio quanti plurimi non incipit ex tempore litis contestatæ, sed ex moræ præcedentis tempore, vt in bonæ fidei iudicijs probant omnes, in strictis iudicijs, Glossa, & cōmunis in. d.l. vinum. Cùm ergo lex nostra in casibus de quibus ibi, non admittat æstimationis augmentum post morā vltra tempus in ea declaratum, nec nos initiū augmenti ex litis contestatæ tempore introducere debemus, quando nec lege ipsa, nec iure communi, saltem in bonæ fidei iudicijs, initium hoc inuenimus.

51 Quinta obseruatio ad prædictam legem nostram versatur circà verba illa, *à mor valia que o tal pão valer cōmummente a dinheiro de contado*; quibus insinuatur, in æstimatione quanti plurimi de qua ibi, non esse attendēdum pretiū, quod casu aliquo in ciuitate accidit, aut in loco vbi solutio fieri debuit, & breuì durauit. Quod etiā de iure probat Imol. in l. pretia rerū, ad fin. ff. ad leg. falcid. dicens, non esse attendendam in æstimatione quanti plurimi, carestiam momentaneam quæ paruo tempore durauit; cuius contrariū tenent ibi Cuman. & Alex. quibus assentitur Ias. d.l. vinum num. 13. vbi tamen refert, Christophor. de Castell. idem, quod Imol. tenere, quia non dicitur valor, nisi qui cōmuniter, & non raró contingit. Vtcunque tamen sit in terminis iuris communis circà æstimationem quanti plurimi contra morosos, certè in terminis dict. legis nostræ, pro casibus de quibus ibi, Imol. sententia tenenda est indubitanter, propter verbū

illud,

illud, *cõmummente*, latinè, *communiter*, quod ad carestiam casu euenientem, & ocyùs euanescentem non bene, nec propriè adaptatur.

52 Sextô obseruandum est, legem Regiam de frumento duntaxt loqui; vnde, quia exorbitans est, & iuris cõmunis correctoria, ad res alias non erit extendenda, tametsi sint de numero earum quæ pondere, numero, aut mensura consistunt, vtputa oleũ, vinum, & id genus alia; prȩsertim, quia fructus hi mense Augusto, quem ord. respexit, non colliguntur, vt frumentum, cuius tunc messis est. Et denique, specialis quȩdam ratio, legis auxilium magis postulabat pro obligantibus se ex causa frumenti, quàm ex causa, fructuum aliorum, quia, etsi pertineant ad humanæ vitæ sustentationẽ, nec de solo pane viuat homo, magis tamen vrget ac premit inopia panis & necessitas, quàm rerum aliarum, tum propter semina, tum etiam propter vitæ sustentationem in quam, potissimam partem panis habet. Vnde Tentator esurientem Dominũ non alio, quàm pane, seu panis obtentu tentare præsumpsit; *Dic*, inquit, *vt lapides isti, panes fiant.* Et ille quidẽ, panes de lapidibus fieri, quærebat, quasi, non, nisi de lapidibus duris, famelicis suis prouidere solitus; & ab eo quærebat, per quem nec ales esurit, & qui, etsi in deserto esuriebat, animantia cuncta in terra pascebat, volucres cæli, & pisces maris, qui perambulant semitas maris.

53 Septimò, & vltimò obseruandum est, Ord. in duobus contractibus solùm loqui, nempe, in contractu vẽditionis factȩ habita fide de pretio, & contractu mutui: vnde in alijs accipienda non est, ex ratione prædicta quia lex exorbitans, & correctoria est. Limitari tamen hoc debet, vt non procedat, si contractibus prædictis de quibus lex loquitur, alius ab illis diuersus addatur, vtputa, stipulatio; nec enim tunc, quasi ex stipulatione debitum æstimationem quanti plurimi, vltra legis terminos sortietur, sed ad eos reducenda erit attento cõtractu principaliter, & originaliter gesto. Quod comprobatur omni controuersia sopita ex fine eiusdem Ord. d. titul. 20 vbi expressè cautum est, legem illam à contrahentibus non posse renuntiari, &, si fortè renuntient, renuntiationem irritam manere: si ergò expressé renuntiare nequeunt, nec etiam tacitè, & alia via ad id admitti non debent, aliorum, scilicet, contractuum figmento, aut suppositione, reg. cùm quid vna via, de reg. iur. lib. 6.

54 Sed & generaliter, stipulationem, non immutare, in deteriùs saltem, naturam contractus cui adijcitur; & ita, si contractus principaliter celebratus, bonæ fidei contractus sit, non transire in contractum stricti iuris, nec illius naturam suscipere propter stipulationem subiectam, verius puto. De quo per Repetentes in rubr. ff. de verbor. obligat. vbi latè disputant, an contractus assumat naturam stipulationis illi subiunctȩ, an econtrà, & Mendoc. de pact lib. 1. c. 13. num. 12. versicul. Quod autem attinet ad secundum. Quod erit vtiliter notandum pro præsentis articuli complemento.

Differentiæ quartæ

SVMMARIA.

1 *Contractus alij natura sua gratuiti sunt, alij onerosi; & gratuiti onerosa pacta nõ admittũt.*

Pactum

Pactum mutuo adiectum de tantundem mutuo dando ab eo qui mutuum recipit, improbum est & vsurarium. Idem in pactis alijs quibus mutuatario onus aliquod imponitur, tametsi iusta mercede recompensandum, ibi in versic. Et adeò.

2. *Pactum mutuo adiectum de soluendo creditori interesse damni emergentis, & lucri cessantis, etiam ante moram, valet secundùm communem.*

3. *Pactum lucri cessantis non porrigitur in tempus post sortem principalem solutam, tametsi adhuc lucrũ cesset.*

4. *Pacta de soluendo interesse damni emergentis, & lucri cessantis, naturã mutui, secundùm quam non potest creditor aliquid vltra sortem recipere, non offendunt.*

Onerosa pacta mutuo adiecta vitiantur, mutuo permanente, & actione ex eo. d nu. 4. versic. Constat.

5. *Pacta adiecta contra naturam contractus quem contrahentes expresserunt, non irritantur, sed diuersam constituunt conuentionis speciem. Et cur, adiecta mutuo contra naturam illius, vitientur, contractu mutui permanente, in versicul. Quòd si quæratur.*

6. *Intelligitur. l. cùm manu sata. §. final. ff. de contrah. empt. cum alijs, in quibus vnius contractus nomen exprimitur, & alius iudicatur.*

Pacta de nõ reuocando deposito intra certum tempus, aut precario, & de non reuocando procuratore, & similia non valent, contractu secundùm naturam suam manente, ibi in versicul. Per contrarium.

7. & 8. *In quæstione pacti contra naturam contractus, quando illud vitietur, & quando non, varia referuntur opiniones.*

9. *Cùm pactum conuenit cum expresso cõtractus nomine, pro alio voluntatis cõtrahentium cõiectura nõ inducitur.*

10. *Intelligitur. l. cùm precario. ff. de precar. & traditur, in quo conueniant, ac differant precarium, & commodatũ.*

11. *Intelligitur. l. vbi ita donatur. ff. de donat. caus. mort.*

12. *Cùm substantia contractus á cõtrahentibus expressi, illi soli quem expresserunt, conuenit, & non alij, pactum illi repugnans vitiatur, & contractus valet; exemplum ponitur in mutuo cum pacto de dando, aut faciendo aliquo, vltra sortẽ principalẽ.*

13. *Quando pactum repugnat contractui cuius nomen contrahentes expresserunt, & alii simili adaptari potest, pro illo iudicatur, quando non constat, contrahentes ad expressum se restringere voluisse.*

14. *Onerosi contractus, firmiores sunt, quàm gratuiti.*

15. *Gratuiti contractus, non tantùm donatio, sed alij etiam, vt mutuum, & commodatum, ingratitudinis causa retractari possunt.*

16. *Libertas gratuitò data, ingratitudinis causa reuocari potest; & leuioris iniuria causa requiritur ad reuocandam libertatem, quàm ad donationem aliam. Et cur hoc, ad intellectum l. 2. C. de libert. & eor. liber. & Ord. lib. 4. titul. 63. §. 7. Item, & liberorũ emancipationes, & beneficia alia, ingratitudinis causa reuocantur, nu. sequenti.*

17. *Clericus ex causa ingratitudinis ecclesiastico beneficio priuatur; intelligitur de ingratitudine commissa contra ecclesiam, cuius est beneficium, & non contra prælatum à quo collatus fuit clericus.*

18. *Ad reuocandum mutuum, aut commodatum, propter ingratitudinem, minor causa requiritur, quàm ad reuocandam donationem.*

19. *Feudum propter ingratitudinem reuocari*

uocari potest, emphyteusis non, nu. 20. Et differentia ratio, ibid.

21. *Probatur, renouationis petenda ius, propter ingratitudinem amitti, siue ingratitudinis causam emphyteuta ipse commisisset in vita sua, siue hæres eius emphyteusi finita.*

22. *Conductor, ingratitudinis causa expelli non potest à prædio conducto durante tempore locationis.*

23. *Ad reuocandos onerosos contractus quasi in fraudem creditorum celebratos, vtriusque contrahentis dolus, aut fraus probari debet; secus in lucratiuis.*

24. *Declaratur l. quoties. C. de rei vendicat. secundùm communem ad eam intellectum; & limitatur, vt non procedat in re secundo tradita titulo lucratiuo.*

25. *Sublimitatur præcedens limitatio in hærede venditoris qui venditionis ignarus rem alteri postea lucratiuo titulo tradidit.*

Differentia quarta.

De diuisione contractuum in gratuitos, & onerosos.

1. QVarta, frequens, ac principalis contractuum differentia, seu diuisio est, quia alij, gratuiti sunt, alij onerosi. Gratuiti sunt, donatio, mutuum, commodatum, precarium; onerosi, emptio & venditio, permutatio, locatio & conductio, & alij huiusmodi. Et adeò naturam suam quiqui seruant, vt pactum in contrarium adiectum, vel irritum maneat & frustratorium, vel contractus, spreto nomine à contrahentibus expresso, alius ab eo censeatur. De primo exemplum est in mutuo, quod, secundùm naturam suam naturali, ac diuino iure illi insitam, est contractus lucratiuus ex parte recipientis, & ex parte dantis gratuitus: &, si pactum illi adijciatur onerosum, puta, de faciendo, aut dando aliquo ab eo qui recepit, vltra sortem principalem, tali pacto, tanquàm vsurario, irrito ac nullo manente, mutuum permanet naturam suam seruans, capit. 1. de vsur.

Et quidem, non humano tantùm, sed & diuino iure, eiuscemodi pactũ, irritum, & damnabile est; cùm enim mutuum ex natura sua omni iure gratuitum sit ex parte mutuantis; qui mutuat sub pacto aliquo oneroso lucri sui causa, contractus naturam quam à diuino, naturali, & humano iure accepit, peruersè inuertit; quo facto ius ipsum, quod talem contractui indidit naturam, manifestè lædit. Hincquè palam detegitur intrinseca vsuræ nequitia, qua diuinum, & humanum ius offenditur.

Et adeò quidem onerosum pactũ mutuo adiectum, improbum est, & vsurarium, vt & pactum de tantundem mutuo dando ab eo qui recipit mutuum, cùm commodè possit, vsurarium sit secundùm D. Thom. 2. 2. quæst. 78. articul. 2. ad 2. & ad 4. & Caiet. ibidem, & Thomist. omnes secundùm Ledesm. in summ. 2. part. tractat. 8. cap. 33. duodecima conclusion. & cum alijs, quos refert, probat Azor institut. moral. libr. 5. cap. 7. de vsura quæst. 1. 3. tom. Rebell. communem dicens, de obligat. 2. part. libr. 8. quæst. 4. num. 14. sequitur, & omnium consensu receptum asseuerat Couar. libr. 3. variar. cap. 2, numero. 5. versicul. Tertió tamen,

men, vbi idem tradit in pactis alijs quibus mutuatario onus aliquod ſeu grauamen imponitur quantumuis ſolita ac iuſta mercede recompenſandum, de quo etiam Nauarr. in manuali Latino cap.17. num. 223. latè Molin.de iuſtit. diſputat. 307. cum quatuor ſequentib.tom.2. Aragon.de iuſt.& iur. quæſt. 78 articul.2. pag. 486. verſicul. Contrarium tamen, vbi diſtinctione vtitur ad concordandas opiniones, Leſſ.lib.2.de iuſtit & iur. cap.20. dubitat 8. & ſequenti, Azor dict.cap.7.quæſt.2. fuse Rebell. dict. quæſt.4 per tot.

2. Nec obſtat, ſi dicatur, aliquando oneroſum pactum cum mutuo permanere; valet enim pactum appoſitum mutuo de intereſſe damni emergentis, & lucri ceſſantis creditori exoluendo vltra ſortem principalem; idquè non tantùm communi omnium conſenſu traditum eſt in pacto de intereſſe poſt moram contingente, ſed etiam de intereſſe ante moram, quod ſtatim ab initio contractus in pactum deduci poteſt, & competente pretio à contrahentibus æſtimari, vt circà intereſſe damni emergentis, cum D. Thom. dict. quæſt.78.artic.2.ad primum,& communi Doctorum ſententia tradit Molin.d.2.tom.diſputat.314. num.4. & 5. explicat Tolet. in ſum. libr. 5. cap. 32. num.3 & hoc inter omnes conuenire, ſcripſit Nauarr. d.cap.17. num.211. verſic.Et quod inter omnes conuenit; quod ſinè controuerſia inter Doctores eſſe, ſcribit Ioan. de Caſtill. lib.2. quotid. controuerſ. c.1. num 71. vbi Recentiores alios citat, & poſt eos tradit Leſſ. in Academia Louanienſi ſacræ Theologiæ profeſſor d.cap.20.dubitat.10.num.72. qui num. ſequentib. tres ad hoc conditiones ponit, & declarat, & in Eborenſi Luſitaniæ noſtræ Rebell. dict. libr. 8. quæſt. 5. num. 4. in princip.

Et quanuis de pacto pro lucro ceſſante intra terminum ſolutioni datum controuertant Doctor. pro eo tamen communis eſt ſententia, quam contra Innoc. in cap. final. de vſur. & Sot. libr. 6. de iuſt. & iur. quæſt. prim. articul. 3. ſequitur Nauarr.dict.num.211. & in commentar. de vſur. decimo quinto notab. num. 43. vbi receptiorem dixit, Gail. practicar. obſeruat. libr. 2. obſeruat. 5. numer. 16. in fin. & pluribus citatis probat, & latè confirmant idem Molin. diſputat.315. num. 5. cum ſequentib. communem etiam tradit, & probat Couar. variar. libr.3.cap.4. num. 5 verſicul. Item & illud, Azor d.libr.5.cap.5. quæſt.1. verſicul. Hæc ſecunda, vbi, communem, & veram opinionem eſſe, dicit, Caſtill. dict. cap 1.num.67.& ſequenti; & ab omnibus hodie receptam dicit, & probat Rebell. dict. quæſt. 5. numer. 4. verſicul. Nihilòminus; pro qua citat alios Aragon.dict.quæſt 78 articul.2. pag. 491. verſicul. Contrariam ſententiam, qui more ſuo quæſtionem hanc latè examinat, & communem ſententiam in ea probat ibid. verſicul. Vnde fit quarta concluſio, quatuor conditionibus ſeruatis, quas, alijs aliorum repulſis, ponit pag.494. verſicul. His ergo & alijs, de quo per Molin.diſputat.316. Rebell.dict.libr. 8. quæſt.6. Frat. Ludouic. Lopez in inſtructor. negotiant. libr. 1. cap.23. pag. 75. col. 1. qui eandem ſententiam tuetur pag. ſequenti col. 1. ſequitur Tolet.dict. libr.5. cap.33 num. 4. cum ſequentib. Luſitanus Eman. in ſumm. cap. 112. concluſ 9. tom.1. Leſſ. dict. cap. 20. dubitat. 11. per tot.

3. Ego vltra conditiones ab illis requisitas, vnam addo in casu lucri cessantis successiuam causam habentis, videlicet, quia pecuniam habens destinatam emptioni redituum annuorum, vel prædij fructiferi, cuius tunc emptio illi offerebatur, eam mutuauit cum pacto lucri cessantis in annuis reditibus, vel fructibus quos interim ex emptione prædij acquirere potuisset: nam, etsi tale pactum valeat pro lucro cessante, iuxta communem Doctorum sententiam, ita tamen accipiendum est, vt lucri cessantis ratio habeatur quandiu principale debitum non soluitur, & non postea quandiu alios annuos reditus non inuenit creditor, quos soluta pecunia possit comparare, vel prædium aliud: quanuis enim verum sit, quòd adhuc perduret lucri cessatio, quod creditor acquireret, si pecunias suas mutuo non dedisset, tamen, quia solutione illarum tollitur obligatio in principali, pro interesse, quod accessoriè venit, durare non potest, iuxta iuris regulas. Et ita sentit Nauarr. in commentar. de vsur. 18. notab. numer. 56. & communis quam dicit cum D. Anton. ab eo relato. 2. part. titul. 1. cap. 7. §. 15. ponit enim casum in quo volens emere rem fructiferam, pecuniam emptioni destinatam alteri mutuat promittenti recompensationem, à quo, inquit, mutuantem posse petere, & accipere prouentum quem ex re illa facturus erat, donec pecunia reddatur; sic sentiens, illa reddita, cessantis lucri rationem non fore habendam.

4. Valent, itaquè, in mutuo, eiusdemmodi pacta pro interesse damni emergentis, & lucri cessantis, & tamen non obstant (vt dixi) quóminus, secundùm naturam illius, lucratiuum esse contractum ex parte recipientis, dicamus, & gratuitum ac liberalem ex parte dantis: nam, etsi mutuatarius ijs pactis oneretur ad reddendum aliquid vltra id quod accepit, per accidens hoc venit, ratione interesse contingentis, quod cum ipso mutuo nihil commune habet; & sic, id quod per accidens venit, non attenditur, nec in consideratione est, vt mutui naturam eo controuerti, immutatiue dicamus; nec mutuans censendus est aliquid recuperare vltra id quod dedit; nam interesse damni, & lucri quod vltra sortem recipit, etsi in ea verè & realiter non contineretur, virtualiter tamen in ea continebatur, sicut granum frumenti terræ mandatum continet fructus inde nascituros; quo exemplo ad corroborandam hanc sententiam, ex Sot. vtitur Frat. Ludou. Lop. d. c. 23. pag. 76. col. 1.

Constat, itaque, ex prædictis, pactũ onerosum mutuo appositum, quod secundùm naturam suam gratuitum & liberale esse debet, irritum manere, mutuo secundùm naturam suam gratuito & liberali permanente; nec enim tale pactum vitiat contractum, sed illo reiecto manet contractus, & actio ex eo creditori competens, vt latè probat Gail. d. lib. 2. obseruat. 4. à num. 6. cum sequentib. & obseruat. sequenti, à nu. 7.

5 In alijs secus euenit, nam pacta contra eorum naturam non irritantur, sed diuersam constituunt cõuentionis speciem ab ea quam contrahentes nominauerunt: si enim, commodatum (quod natura sua gratuitum est) se celebrare, dixissent, cum pacto, vt pro rei commodatæ vsu, merces certa, vel res alia præstaretur, non erit commodatum, sed vel locatio, & conductio, vel contractus innominatus vnde præscriptis verbis actio

actio nascitur.§.item is, versic. Commodata, instit. quib. mod. re contrahit. obligat. §. prætereà, instit. de locat.& conduct.l.si rem tibi.§.si cùm vnum ff.de præscript.verb.& in mandato, & deposito idem generaliter traditur in §.final. instit. de mand. l.si tibi rem.ff.de præscript.verb. sicut & econtrà in contractu oneroso verbū, *donatio*, liberalitatem non importat, sed secundùm onerosi contractus naturam accipitur.l.si vno.ff.locat.

Quòd si quæratur, cur in mutuo pactum onerosum vitietur, in alijs verò conuentionibus natura sua gratuitis onerosa pacta non vitientur, neque vitient, sed diuersam contractus speciem efficiant, respondebitur, differentiæ rationem esse, quia mutuum cum oneroso pacto in alium contractum transire nequit, cui verba, & mens paciscentium aliquo modo aptentur; hæc enim verba, *mutuo tibi centum, vt supra ea decem reddas*, nulli alij conuentioni quàm mutuo conuenire vllo modo possunt: idcircò de mutuo sunt accipienda secundùm verba, & paciscentium mentem, & mutui conuentio valebit improbo pacto vitiato: at veró, qui rem suam commodat cum pacto vt pro vsu illius pretium recipiat, intelligitur voluisse locare, & non commodare, idcircò de locatione intelligitur contractus, cui verba, & mens cōtrahentium adaptari possunt, commodati nomine neglecto, quasi erroneè expresso.

6. Secundùm quam doctrinam & resolutionem intelligitur. l. 2. in princip. ff.si cert. petat. l. cùm manu facta.§ final. ff.de contrahend.empt.l. tenetur.§.1.ff.de action.empt. l.si quis conduxerit. ff. locat. l. insulam. ff.de præscript.verb.l.si quis ante, in fin.ff. de acquirend. possess. in quibus contractus vnius nomen exprimitur à contrahentibus, & transit in alium, ex mente illorum.

Per contrarium verò, in deposito, non valet pactum de non repetendo intra tempus certum, & manet depositum naturam suam seruans. l. 1. §. penult.ff.deposit. similiter, & precarium manet non obstante pacto illius naturæ contrario, l.cùm precario.ff. de precar. vbi precario concessa res fuit cum pacto vt in Kalendas Iulias possideretur, & quia de natura & substantia precarij est, vt tandiu duret, quandiu durat concedentis voluntas, vt colligitur ex definitione illius in l.1.ff.illo titul.prædicto pacto non obstante ante Kalendas Iulias repeti res liberè poterit, iuxta tex.ibi. Cuius argumēto idem dicit ibi Bart. de pacto de non reuocando procuratore, & generaliter in omnibus quæ pendent á voluntate nostra, vt pact de non reuocando non valeant, sequitur Alciat.in l.2. col.4. ad fin.ff. si cert.petat, idem in procuratore simplici cum pacto de non reuocando tradit Bald.in l.si pater.1.lect.2.versic. Et ex prædictis, ff.de adoptionib. Exea de pact. fallent.55.principal. nu.527. versicul. Octauum exemplum; & leges alias similes, in quibus pacta contra naturam actus apposita vitiantur, allegat Gom.in l.40. Taur. nu.15.

7 Qua in re variè loquuntur Doctores nostri pro intellectu & concordia legum; præsertim dict. l. cùm precario, cum l. vbi ita donatur. ff. de donat. caus. mort. cui conuenit l.si alienam, in fin. l. senatus.§ mortis causa, eod.titul. Bart. enim in dict. l. vbi ita donatur, distinguit, dicens, quòd cùm pactum est contra substantiam contractus, facit eum in alium transire, si verborum significatio hoc patitur, sic intelligens tex. ibi;

ibi;at verò, cùm verborum significatio non patitur, vt de alio contractu intelligatur,pactum contra substantiã illius adiectum vitiatur, vt in.d.l. cùm precario, vbi precarij nomen expressum est, quod est distinctũ, & penitus separatum à donationis nomine; vnde pactum de non reuocando, quod est contra substantiam precarij non potest facere, illud donationis formã assumere,& idcircó eo reiecto precarium manet. Quem Bart.intellectum, & doctrinam sequitur communem dicens Couar.in rubr.de testament. 2.part.num.11. Gom.2. tom.c.4. nu. 22.Molin.de Hispanor.primogen.lib. 4.c.2.num.44.Tusch. practicar.conclus. tom. 6. conclus. 17.sub liter. P. num.7.& 8.& alijs citatis hanc Bart. doctrinam ponit, & sequitur Mantic. de ambig.conuent.lib.1.tiuul.12.num. 22. tom.1. communem tradit illam secutus Cald.in commentar.de emption. & vendition. c.3. num.5.&.8. vbi latè prosequitur.

Bald.verò d.l.si pater,2.lect.distinctionem aliam plurium membrorum in hac materia affert ex Cyn. cuius verba, vt aurea notanda monet, dicens, quôd omnes alij phreneticant. Alc. d.l.2. col 4.versic.Sanè quoties, alia vtitur distinctione differentiam ponens inter pactum repugnãs substantiæ cõtractus,& repugnãs naturæ illius; & inter ea quæ de natura contractus sunt distinguit. Coras. lib. 3. miscellan.c.decim.num.3.&.4.vt alia ita origini contractus coniungantur, quód contraria conuentione, ipso contractu manente, tolli nequeant,vt in casu d.l. cûm manu sata § final.& d.l. cùm precario: alia verò contrahentium pacto, saluo contractu, tolli possint; cui distinctioni concinit in effectu alia quæ traditur à Pinel. iuniore lib.2. selectar.cap.6. num. 22. versicul. Et quanuis, tom. 1. & posterioris membri exemplum ponitur in pacto, ne venditor euictionem præstet, quam ex natura contractus præstare debet,etsi de hoc actum non sit, l. quòd si nolit.§.quia assidua. ff. de ædilit. edict. & tamen conueniri potest,ne præstetur.l.pacta conuenta ff. de contrahend. empt. tradit Mantic. lib.4.titul.24.num.3.d.1.tom. qui nu. sequenti aduertit, hoc casu pactum operari, vt re euicta euictio non præstetur, erit tamen emptori pretium quod dedit, â venditore restituendũ, nisi & illud etiam pacto specialiter fuerit remissum, vt in l.emptorem.§. qui autem,& ibi gloss. & Bart.notant ff. de action. empt. quicquid in hac vltima conuentionis specie contrarium scripserit Benedictus Pinel. d.c. 6.num.24. Et eiuscemodi sunt quæ adducit Tusch. d.conclus.17.num.2. & sequentib. videlicet, pactum, vt emphyteuta non soluens canonem breuiori, aut longiori termino, quàm qui à iure statuitur, incidat in commissum, & alia de quibus ibid. per eum, quæ quia non sunt contra substantiam, sed contra naturalia contractus, illo manente valent: & quæ naturalia contractus dicantur, vt pacto tolli posśint, & substantialia sinè quibus contractus non subsistit, declarat idem ibid. num. 9. & 11. latè Mantic. d. lib.1. titul. 12. & sequenti; & quæ accidentalia dicantur,explicat lib.4 titul. 25. á num. 1. d. tom.1. Mihi sanè, quod ad præsens institutũ attinet, natura,& substantia,idem est: quanuis enim aliud sit, esse quid de natura rei, aliud, de substantia illius, iuxta quod natura, & substantia differunt,de quo per Coras. d. c. decim. tamen,esse contra naturam, aut contra substantiam,idem importat; & sic in quæstione pactorum, nihil refert, an dica-

an dicamus, esse contra naturam, an cōtra substantiam contractuum, quibus adijciuntur.

8 Sed nec Bart. sententiam & intellectū, prout sonant verba illius, probare possum; si enim pactum de non reuocando, precario adiectum, ideo vitiatur precario manente, & non facit, illud in alium contractum transire, quia precarij nomen à contrahentibus expressum, diuersum omnino est & separatum à nomine donationis, vt Bart. ait in d. l. vbi ita donatur, idem ex ratione eadem dicendum esset in venditione celebrata cū pacto de non transferendo dominio, quod illius naturæ repugnat; constat enim, venditionis nomen, diuersum penitus esse ac separatum à nomine locationis, ita vt in tali specie, significatio verbi à contrahentibus expressi, locationem non sonet; & tamen id in causa non est, quòminus de ea intelligatur propter prædicti pacti adiectionem, aut de alia simili cōuentione, cui tale pactum cum paciscentium mente conueniat, vt in casu d. l. cúm manu sata. §. final. Et idem cernitur in commodato, mandato, & deposito; quæ, quia natura sua gratuitæ conuentiones sunt, si pacta mercede celebrari dicantur, de conuentionibus alijs quibus merces contraria non sit, actum intellig tur, tametsi nominis expressio illis non cōueniat, vt tradidimus sup. per § item is, versic. Commodata, instit. quib. mod. re contrahit. obligat. cum alijs.

Quarè, Valasc. noster de iur. emphyteut. quæst. 19. num. 7. in hac materia pactorum contra naturam, seu substantiam contractuum (quam, dixit, esse salebrosam, & ab Interpretibus hactenus non bene resolutam propter legum varias decisiones) scripsit, non posse generalem aliquā regulam, seu doctrinam dari, sed talia pacta, pro qualitate contractuum, & præsumpta mente contrahentium modò vitiare, modò vitiari, & aliquādo aliam speciem contractus celebratam censeri: quod cùm euenit, subdit in num. sequenti, non fieri per viam transformationis, contra Peralt. in l. Lucius. 1. num. 10. ff. de legat. 2. & Tell. l. 17. Taur. num. 104. & 105. quia leges non faciunt huiusmodi metamorphoses, sed potiùs præsumunt, illum magis contrahentes celebrare voluisse contractum, cuius effectus in pactum deduxerunt, quám cuius nomen expresserunt.

Ego quidem, contrahentium voluntatem spectari semper debere, censeo, ita, vt non alius iudicetur cōtractus propter pacti adiectionem, quâm quem illi agere voluerunt; quod ex Bart. in l. Aristo, num. 2. ff. de donat. & communi sententia tradit Pinel. in rubr. C. de rescind. vendit. 2. part. cap. 2. num. 1. & pluribus citatis Tiraq. lib. 1 retract. §. 30. gloss. 1. nu. 2. Veruntamen tribus propositis regulis, seu conclusionibus res hæc ad compendium reduci poterit.

9 Prima conclusio & regula: quotiescunque pactum à contrahentibus dictum, cum contractu cuius nomen expresserunt, conuenit, pro alio voluntatis coniectura non est inducenda, sed contractus, quem nominauerunt, censebitur celebratus. Hæc conclusio est de mente Bart. & communis secundùm Pinel. d. cap. 2. num. 2. quam etiam probat Bart. in l. cotem ferro. § qui maximos, num. 11. ff. de publican. & vectigalib.

10. Et ad eam spectat decisio tex. alioquin difficilis in l. cùm precario ff. de precar. quem variè Doctor. interpretantur, vt videre est apud Franciisc. de Cald. de empt. & vendit. c. 5.

 num. 18.

num.18.cum sequentib. sed pro vero illius intellectu aduertendum est, ibi non fuisse concessum precarium, cum pacto de non reuocando; quod cum precatio stare nequit: licèt Batt. ibid. & communiter Scribent. tex. illum accipiant in pacto de non reuocando; de quo non loquitur tex. sed de pacto, vt res precario data in certum tẽpus possideretur, vt patet ibi, *si conuenit vt in Kalendas Iulias precario possideat*; quæ conuentio, precarij naturæ, seu substantiæ non resistit, sed potiùs illi cõuenit: potest enim precarium, sicut & commodatum, ad certum tempus concedi. l. 4. §. final. cum leg sequenti ff. de precar. & in hoc conueniunt precarium, & commodatum; differũt veró, quia commodatum repeti nequit nisi finito tempore & vsu in quẽ concessum fuit, l. in commodato. §. sicut. ff. commodat. precarium verò quãdocunque etiã ante cõuentionale tempus repeti potest, cùm de illius natura, & substantia sit, vt pendeat à voluntate concedentis, nec contra eam perseueret, iuxta receptam illius definitionem, de qua in l. 1. illo titul. Hoc tamen iudicis arbitrio temperandum est secundùm Panorm. in c. final. num. 13. de precar. vt non statim sinè causa repetatur; quam sententiã, cum alijs quos refert, sequitur Cald. d. c. 3. num. 22. Couat. æquissimam dicens lib. 3. var. resol. c. 15. nu. 6. licèt alij contrariam probent; & in num. sequenti ex communi sententia differentiam tradit inter commodatum, & precarium; quòd commodatum fit ad certum ac determinatum vsum, qui vsus expresé, vel tacitè natura sua certo tempore præfinitur, & idcircò ante illum nequit reuocari: at verò precariũ datur ad vsum incertũ, & indeterminatum; & quamuis detur etiam ad certum aliquem vsum, is tamen incertus & indeterminatus censetur ex eo, quia nec tacitè, nec expresé certum habeat tempus; idcircò secundùm naturam suam reuocabile semper est.

Hoc ergo præsupposito, planè procedit decisio, & intellectus d. l. cùm precario; dicendum est enim, ideo ibi valere precarium cum pacto vt in certum tempus possideretur; quia & nomen expressum, & pactum subiectum precario conueuit, d. l. 4. § final. cum leg. sequenti; idcircò meritò de precario, & non de contractu alio actum intelligitur, prout intelligeretur, de cõmodato, nẽpe, cui precariũ simile est. d. l. 1. illo titul. si cum pacto de non reuocando intra tempus definitum celebraretur, iuxta id quod infr. tertia conclusione dicemus: quia tale pactum precarij naturæ repugnat, vt diximus, & communis securè tenet, cõmodato verò conuenit: quicquid. facillimè defendi posse, eiuscemodi pactum in precario valere, contra communem scripserit Cald. d. c. 3. nu. 22. Et non obstant verba illa d. l. cùm precario. *sed nulla vis est huius conuentionis, vt rem alienam domino inuito possidere liceat*: nam Iurisconf. ibi, prædictam conuentionem certi temporis in precario, vt nullam simpliciter non damnat, nec damnare poterat, cùm talem temporis adiectionem in precario valere, tradatur expresè ab Vlpian. & Pompon. d. l. 4. § final. & leg. sequent. sed ait, prædictæ conuentionis nullam vim esse, vt rem alienam domino inuito possidere liceat, quasi sic doceat, conuentionẽ ipsam valere, eatenus tamẽ, quatenus propter eam opposita exceptione, libera precarij reuocatio non impediatur; atque ita prædicta certi tẽporis adiectio ad hoc censebitur apposita, vt intra illud precarium finiatur,

quod

quod procedit secundùm naturam illius, non verò vt interim irreuocabile constituatur, quod cōtra illius naturā est; vt declarat Cuman. d.l. vbi ita donatur, num. 3. vbi, hunc intellectum ad d.l. cùm precario, contra communem, præsensisse, videtur; & illo tacito, Morl. in empor. iur. 1 part. titul. 3. quæst. 8. num. final. quod ante eum contigit Forcatulo dialog. 3. num. 2. vt refert Cald. d. nu. 22. versic. Hanc interpretationem.

11. Ad eandem etiam communem regulam & conclusionem spectat tex. in hac materia celebris d. l. vbi ita donatur, vbi donationis nomē expressū fuit, & dixit donator, se donare causa mortis, adhibito pacto de non reuocando; quod pactum repugnat naturæ donationis causa mortis, in princip. instit. de donat. quia verò donationi inter viuos conuenit, & donationis nomen expressum fuit, de donatione inter viuos actum intelligitur à Iurisconsult. ibi, facta interpretatione, quód in illa, mortis mentio adhibita fuit per viam causæ qua donator ad donandum inter viuos moueretur, & non per viam donationis causa mortis, vt insinuat ibi, *causa donandi magis est, quàm mortis causa donatio*; vbi ita eleganter explicat Bart. dicens, in dispositione prædicta, verba illa, *mortis causa*, esse magis significatiua causæ contractus, quám nominis contractus, sequitur Couar. in rubric. de testam. 2 part. num. 14. in fin.

12. Secunda conclusio, seu regula: Quotiescunque substantia contractus cuius nomen contrahentes expresserunt, non conuenit alij contractui, præterquàm illi quem nominauerunt, etsi pactum appositum illi repugnet, non alium tamen contractū, quàm cuius nomen expresserunt, celebrare voluisse, censendi sunt, reiecto pacto quod illius naturæ non conuenit. Exemplum est in mutuo, cuius proprium ac peculiare est, vt in ijs contrahatur quæ pondere, numero, aut mensura consistunt, & eiusdem generis species alia reddatur, l. 2. in princ. & §. 1. ff. si cert. petat. quod nulli alij contractui in iure nostro conuenit; vnde, si mutuum celebretur cum pacto de dando aliquo, aut faciendo vltra sortem principalem; quia talis conuentio, secundùm quam res alia eiusdem generis est restituenda, nulli alij contractui conuenit, vt de illo intelligi posit, nisi mutuo, de mutuo; & non de alio, est intelligenda ex cōtrahentium mente, ita vt mutuum valeat, improbo pacto, quod illius naturæ repugnat, vitiato, vt sup. tradidimus. Cùm per cōtrarium, si, mutuum fieri, dicatur, cum pacto, vt eadem species reddatur; quia tale pactum, mutui naturæ repugnat, & ipsa conuentionis series & substantia commodato conuenit, & deposito, de hoc, aut de illo, prout magis opportunè venerit, mutui nomine spreto, actum intelligetur, iuxta d.l. 2. vbi ita intelligit Alciat. col. 1. & 4. contra plerosque, qui, contractum innominatum ex tali pactione resultare, sentiunt.

13. Tertia conclusio: In dubio, quando, inquam, non constat, quód contrahentes restringere se voluerūt ad contractum cuius nomen expresserunt, & pactum, quod addiderunt, illi repugnat, pactum potiùs attendi debet, quàm expressum contractus nomen, sumpta voluntatis coniectura, & interpretatione pró contractu illo cui pactum conuenit, tametsi nomen à contrahentibus expressum, alium designet; quod potiùs erroneè dictum credi debet, quàm pactum

frustra

frustra & otiosè adiectum. Et hæc quidem conclusio & regula obseruanda semper erit, cùm alius contractus sit similis, cui quoquo modo id quod agitur à contrahentibus in cõtractu, cuius nomen expresserunt, & pactum quod addiderunt, adaptari valeant, vt in præcedente exemplo mutui cum pacto quòd eadem species redderetur; & in casu l. cùm manu sata. § final. ff. de contrahend. empt. l. tenetur. §. 1. ff. de action. empt. l. si quis conduxerit ff. locat. vbi traditur, quòd, si quis cõduxerit vno nummo, nulla erit conductio; porrò, quia talis conuentionis substantia, id est, id quod in illa contrahentes intendunt, donationi conuenit, d. l. si quis conduxerit, spreto nomine conductionis, censebitur donatio. Sic etiam, qui rem suam vendidit cum pacto vt dominium non transferatur, quasi ipsius rei vsum vendidisse censebitur; quod quia locationi conuenit, locasse videbitur, venditionis nomine non attento, d. l. cùm manu sata. §. final. Similiter, qui rem suam se alteri commodare, ait, certa mercede pacta; quia hoc commodati naturæ repugnat, quod gratuitum est, & tota conuentionis substantia locationi conuenit locationis & cõductionis contractus, celebratus censebitur §. item is, versic. Cõmodata, instit. quib. mod. re contrah. oblig § prætereà, instit. de locat. Et denique, sic in alijs cõiectura volũtatis paciscentium, pro illo contractu erit, cui cõuentionis substantia, id est, quod in ea contrahentes intendunt, congruit, etsi nomen quod expresserunt, diuersum ab illo sit: & hæc est secura coniecturandæ voluntatis regula, quæ confirmatur ex. l. insulam, ff. de præscript. verb. cum communi per eam doctrina, quòd potiùs natura conuentionis, quàm nomen expressũ attendi debet, de quo Bald. in rubr. ad fin. C. de iur. emphyteut. & sæpe alibi, refert Tiraq. lib. 1. retr. §. 32. gloss. vnic. num. 35. Exea de pact. fallent. 55. principal. ex num. 501. cum sequentib. vbi latè agit.

14. Hæc satis nunc sint in quæstione pactorum contra naturam, seu substantiam contractus cui adijciuntur. Et redeundo ad diuisionem cõtractuum inter onerosos, & gratuitos, de qua præsens articulus est, sciendũ est, onerosos firmiores esse, quasi duplici vinculo colligatos, vtpote, in quorum celebrationem, vtriusque contrahentis volũtas, sui gratia, æqua sorte concurrit: quod in gratuitis secus est, qui ad solius dantis arbitrium perficiuntur, & reguntur; quanuis enim, non nisi vtriusque consensu celebrentur, & perficiantur, ita vt postquám perfecti sint, arbitrio donatoris retractari nequeant, nec modum recipiant, nec conditionem altero inuito, l. si donationem C. de reuocand. donat. l. perfecta donatio C. de donat. quæ sub mod. tamen, quia in celebratione illorum, donantis voluntas potentior est, & actiua, quasi hac sola robur contractus sustineatur, simplici vnius voluntatis vinculo colligatus apparet, & non duplici, vt onerosus; vnde firmiores hi sunt, vt diximus, quàm gratuiti. Ex quo notabiles oriũtur effectus, & differẽtiæ inter eos; cuiusmodi est, vt gratuiti reuocentur propter causam ingratitudinis.

15. Quod non solùm in donatione intelligo, de qua loquitur l. final. C. de reuocand. donation. sed etiam in gratuitis alijs, videlicet, in mutuo, & cõmodato; si enim mutuatarius, & cõmodatarius aduersus eum à quo mutuum, aut commodatum receperunt, ingrati existant durante tempore cõtractus, vel non dum completo vsu, in quem

in quem mutuum, aut commodatum factum est, poterunt nihilominus cõueniri ante tempus, & vsum finitum, propter commissam ingratitudinis causam, vt mutuum reddant, & commodatum.

Et non obstat, quia d.l. final. in donatione solùm loquitur, & cùm sit pœnalis dispositio, non videtur ad alios casus extendenda etiam ex rationis identitate, iuxta regul. odia, de regul. iur. lib. 6. Respondetur enim primò, rationem expressam in d. l. final. in versic. Ex his enim, & in §. sciendum, instit. de donationib. ibi, *Ne illi, qui suas res in alios contulerint, ab his quandam patiantur iniuriam, vel iacturam*, ad reuocandam donationẽ ex causa ingratitudinis, etiam comprehendere, eos qui gratuito alio titulo vtuntur, & fruuntur rebus alienis, & cõtra dominos illarum ingrati redduntur; vnde, qui expressa legis ratione comprehensi apparent, ipsius etiam dispositione cõprehensi censentur, non quidem per extentionẽ eius de casu ad casum, sed magis per non expressi casus comprehensionẽ, iuxta Bald. doctrinam in l. de quibus, ff. de legib. quam Doctor. extollunt, & pluribus exornat Tiraq. in l. si vnquam, verb. libertis. num 45 C. de reuocand. donat. Deinde respondetur, vulgatam & communem glossæ traditionem in Auth. quas actiones. C. de sacrosanct. eccles. de non extendenda lege ex rationis paritate, & etiam identitate, procedere in lege exorbitãte, aut correctoria; at veró d. l. final. nec exorbitans, nec correctoria iuris est, sed magis vt declaratoria iuris æstimari debet. Etenim, quid magis est de mente illius, qui rem suam alteri donat, quàm vt ab eo ingrato postea effecto gratuitum beneficium extorquere posit? Ad hoc enim alter alteri dona & beneficia confert, vt eũ sibi conciliet, & amore deuincat; vnde donationi ipsi quasi tacita cõditio inesse videtur de resolutione illius secuta ingratitudine; hoc tamen inter easdem personas, vt in. dict. l. final. versicul. final. quæ interpretatio ius nostrum non lædit, imò bonis moribus congruit, & ingrati odio magis persuadetur; quod humanis, & sacris literis detestabile valde vitium est.

16 Vnde & libertas gratuitò data, licét aliàs multis priuilegijs, & fauoribus iure gaudeat, ex ingratitudinis causa reuocatur, Auth. vt libert. de cæterò. §. illud verò, collat 6. l. 1. & per tot. C. de libert. & eor. liber. vbi notãda est l. 2. quæ probat, leuis offensæ causa libertatem posse reuocari, & ibi tenet gloss. Quod in donatione non legimus, sed potiùs atrocem debere esse iniuriam, vt eius causa tanquàm ab ingrato donatio reuocetur. d. l. final. in princip. cui conuenit Ord. nostra lib. 4. titul. 63. §. 1. vbi grauem iniuriam requirit ad donationem propter ingratitudinem retractandã; & in. § 7. loquens de ingratitudine liberti, grauis, seu atrocis iniuriæ non meminit, sed ait, posse illum in seruitutem reduci á patrono, si aduersús eum ingratitudinem aliquam commiserit, siue verbalem, siue realem, & propter quamlibet ex causis, quibus donatio propter ingratitudinem reuocatur. In quo videtur lex Regia grauiorem iniuriæ causam exigere ad reuocandam donationem, quàm ad libertatem, secuta in hoc decisionem tex. d. l. 2. cum glossa ibi; cuius ratio est, quia libertatis beneficium, præstãtius est donatione alia; cuius causa libertus debet patronum venerari & colere vt patrem, cui æqualem eum dicit Imper. in. d. Auth. vt libert. de

cæterò

cæterò. §.illud verò; vnde, si libertus, & is qui donationem accepit, æqualẽ ingratitudinis causam committant aduersus benefactores suos, magis deliquisse videbitur libertus, & grauior æstimabitur iniuria ab eo illata, comparatione beneficij maioris suscepti. Hoc tamen temperandum ita est, vt, etsi leuis offensæ culpa satis sit contra libertum, iuxta. d.l.2. leuis tamen offensæ nomine ea intelligatur, quæ, etsi in se sumpta leuis sit, consideratione personarum, ac suscepti beneficij grauis existat; sicquè intelligenda est. d.l.2. & Gloss. ibi, ne alioquin de facili retractetur libertas, & propter verbum fortè vnum iniuriosum iracundiæ calore emissum, tam grauiter libertus puniatur. Vnde. d.l.2. de notabili ingratitudine intelligit Quintilian. Mandos. tract. de ingratitudin. c. 66. vbi agit de liberti ingratitudine, & allegat. D.Thom. 3 part. q.88. art.3. ad secundum, quo in loco ait sanctus Doctor. quód seruus manumissus non reducitur in pristinam seruitutem pro qualicunque ingratitudine, sed pro aliqua graui.

17 Redeundo ergo ad propositum, apparet, non solùm donationes propter ingratitudinem reuocari, sed etiam beneficia alia. Vnde, & filiorum emancipationes ingratitudinis causa reuocantur. l. vnic. C. de ingratitud. liberor. tradit Ias. in nostro tex. num. 54. vbi alia in propositum adducit Ascan. tract. de patr. potest. c. 5. versic. Quintó & vltimó, à nu. 66. Mandos. d. tract. qui totus de multiplicibus ingratitudinis casibus est, c. 32. Hinc etiã est, quôd propter ingratitudinẽ aduersus ecclesiam commissam perdit clericus beneficium quod habet ab illa; & sufficiens ingratitudinis causa est, aduocare, vel procurare contra ecclesiam in qua beneficiatus est. c. final. de postuland. Mandos. d. tract. c. 58. Quod intelligitur de ingratitudine commissa contra ecclesiam cuius est beneficium, non verò contra prælatum à quo beneficiatus est collatus; quia prælatus potiùs ex necessitate officij confert, quàm ex liberalitate, vt est communis sententia Scribent. in c. final. de donation. vbi Abb. num. 9. Exea de pact. num. 249. vbi alios citat; iuxta quod intelligendum est quod ibi tradit, nempe, non reuocari beneficij collationem propter ingratitudinem, intelligendum enim id est de ingratitudine cõmissa contra prælatum à quo beneficij collatio est; in qua specie communis loquitur negans ius reuocandi ex causa ingratitudinis, secundùm Clar. in §. donatio, quæst. 21. nu. 6. & non de ingratitudine commissa contra ecclesiam cuius est beneficium; in qua specie loquitur tex. d. c. final. de postuland. Mandos. d. c. 68 Nicol. Intrigiol. de feud. quæst. 73. num. 10. centur. 1. vbi tradit, quòd clericus perdit beneficium si est ingratus ecclesiæ á qua illud habet.

Hoc verò locum habet etiam si beneficiũ illicito pretio intermedio, vel aliás per simoniam assecutus fuisset; quæ enim natura sua sunt lucratiua & gratuita, eandem semper naturam retinẽt, & vt gratuita ac lucratiua censentur, quanuis prauo pretio & oneroso illicitè acquirãtur, vt in proprijs terminis beneficij pretio obtenti notat Bart. in l. 2. num. 1. ff. si quis omiss. caus. testament. vbi gloss. final. Exea de pact. nu. 71.

18 Mutuum etiam, & commodatum, vt diximus, quia ex liberalitate proficiscuntur, propter ingratitudinis causam reuocantur; & sanè puto, in his non tam grauẽ ingratitudinis causã fore spectandã, vt in donatione, idquè

idquè diuersa ratione ab illa, quam ad libertatis casum scripsimus, nempe, quia donatione acquiritur res donatario, nec iam postquàm tradita est manet in dominio donatoris; at veró, res commodata manet illius, qui commodauit; & acerbiùs ferendum est, vt ingratus illius re vtatur, & fruatur, cui est ingratus, quàm vt re sibi donatione quæsita. Quæ ratio etiam in mutuo obtinet; quia, etsi qui mutuo rem accepit, eam suam fecisset, illius intuitu & respectu debitor manet eius à quo gratuitó accepit.

19. Feudum item propter ingratitudinem posse reuocari, constat ex c.vnic.in quib. caus. feud. amittat. & in titul. sequenti, quæ fuit prima caus. beneficij amittend. ingratitudinis causæ ponuntur, & in titul. 5. quib. mod. feud. amittat. & in titul. quot testes sint necessarij ad probandum feudi ingratitudinem, vbi dicitur, quòd quinque ad id testes requiruntur summæ atque integræ opinionis; & ita tenent communiter Doctor. & quód tex. ille d. titul. quot testes sint necessarij, authenticus est, & pro lege seruandus, secundùm Clar. in §. feudum, quæst. 60. Gail. practic. obseruat. lib. 2. obseruat. 157. num. 2. Mascard. de probat. conclus. 897. num. 28. Intrigiol. quæst. 94 nu. 85. d. cent. 1. plenissimé Mandos. dict. tract. de ingratitud. c. 62. vbi centum & viginti ingratitudinis causas ad hunc casum adducit.

20. Emphyteusis veró propter ingratitudinem non reuocatur, vt tradit Valasc. de iur. emphyt. quæst. 39. num. 12. vbi hanc inter alias differentiam ponit inter feudum, & emphyteusim. Cuius differētiæ ratio est; quia feudum, secundùm naturam suam, gratuitum est, & illius cōcessio liberalis, quamuis exhibendi seruitij causa constituatur; id enim gratuitam, ac liberalem illius naturam non immutat; iuxta quam dicitur in c. 1. in fin. de feud. dat. in vicem leg. commissor. quòd feudum, non sub prætextu pecuniæ, sed amore, & honore domini acquirendum est; & in definitione illius scripta in d. c. vnic. in quib. caus. feud. amittat. in versicul. Huius autem, ponitur, quòd est beneficium quod ex beneuolentia datur alicui; & sic ibidem, & sæpe alibi feudum, beneficium appellatur; quod satis ostendit, de natura feudi esse, vt sit gratuita, & liberalis concessio; vnde nimirùm, si ex causa ingratitudinis reuocetur, sicut gratuita alia, de quibus Intrigliol. d. quæst. 73. num. 4. cum sequentib. At verò emphyteusis, natura sua, non est gratuita & liberalis concessio, sed onerosa potiús conuentio, & onerosis contractibus assimilata, vt in §. adeò, instit. de locat. idcircò non consideratur ingratitudo in rem habente ex contractu non gratuito.

21. Quæ tamen, emphyteusi finita, renouationis iuri obstabit, siue ingratitudo commissa dicatur, ab hærede emphyteutæ qui ius renouationis prætendit, siue ab emphyteuta ipso, cuius vita emphyteusis extincta fuit: quamuis enim ingratitudo donatarij, cum quo de ea actum non est, non noceat hæredibus illius. l. final. in fin. C. de reuocand. donat. hic tamen nocebit hæredi emphyteutæ; tam quia non est quid domino imputari possit, cur non egerit aduersùs eum cum quo de ingratitudine agere non potuit; quàm quia in donatarij hæredes res donata perfectè transit, vt iura alia, & bona hæreditaria; at veró emphyteusis finita non transit in hæredes, sed noua illius inuestitura prætenditur; quæ faciliùs impeditur, quàm

quàm tollatur iam factum, iuxt. regul. l. patre furioso. ff. de his qui sunt sui vel alien. iur. Et non obstat, ius renouationis competere propter primum contractũ, quem dicimus onerosum; vnde inspecta primæua contractus origine, & natura, videtur, ingratitudinem iuri renouationis obstare non debere; respondetur enim, ius renouationis ab ipso contractu esse distinctum & separatum, & æquitate quadam competere, eaquè fulciri; quam maxima ingratitudinis iniquitas exuperat, & prorsus elidit. Ius, itaque, renouationis, quia æquitate nititur, vt constat ex traditis per Cald. de renouat. emphyteus. quæst. 9. num. 21. ingratitudine tolletur.

Quod quidem sic censeo, etsi cõtrarium sentiat Cald. noster d. tract. de renouat. quæst. 7. nu. 19. agit enim ibi ex num. 16. an inimicitiæ capitales succedentes inter dominum, & emphyteutam, vel eius hæredem, excusent ab anni lapsu, qui renouationi petendæ præscriptus est; & iustam causam excusationis præstare, tradit ibid. & d. num. 16. versic. Hoc tamen, meminit sententiæ quorundam, qui hoc intelligunt, nisi emphyteuta inimicitijs causam præstiterit, & sic fuerit in culpa earum; quo casu, tenent, anni terminum currere non obstantibus inimicitijs; atque ita apertè sentiunt, graues ac capitales inimicitias euenientes emphyteutæ culpa, aut hęredis illius, renouationis ius non adimere. Quam sententiam Cald. ipse probat d. num. 19. solùm differentiam constituens, vt anni terminus ad petendam renouationem currat, vel non, si inimicitia affectata fuerit, & ad id ex industria procurata, vt tunc currat; aliás, etsi emphyteutæ culpa intercesserit; vt tunc nõ currat annus, sed etiam post illum, renouationis ius duret. Quid autem aliud est dicere, ius renouationis competere vltimi emphyteutæ hæredibus, siue intra annum, siue post annum, non obstantibus grauissimis inimicitijs cũ domino, illorum facto & culpa subortis; quàm dicere, tale ius competere ingratis? &, quod peius est, ingratitudo his meliorem afferet conditionem, secundùm prædictam sententiam, in prorogatione temporis. Ego, itaque, in contraria sum sententia, vt, nempe, ius renouationis, ingratitudine tollatur, ex ratione quam dixi; nõ verò emphyteusis ipsa quandiu durat, ex ratione quam scripsi, scilicet, quia oneroso constat contractu.

22. Qua etiam ratione, idem dicendum erit in conductore, vt in gratitudinis causa non debeat expelli à prædio conducto, quod oneroso titulo detinet, iuxta differentiam quam tradidimus inter cõtractus gratuitos, & onerosos. Pro qua, quod ad inquilinum attinet, considerandum est, in l. æde. C. de locat. causas referri, propter quas potest inquilinus expelli durante tempore locationis, de quibus Vincent. Caroc. latè egit tractat. locat. & conduct. 2. part. §. Quæro principaliter, sub titul. de Recusationib. ingratitudinis causa sopita. Quod in Lusitana nostra Ord. æquè cernitur lib. 4. titul. 24. in princip. vbi causas expulsionis memorat depromptas ex d. l. æde; de ingratitudinis causa, de qua d. l. non meminit, nullàm quoque faciens mentionem, quasì quæ considerabilis non sit ad expellendum eum qui rem accepit non gratuitò.

23. Differunt præterea gratuiti, & onerosi contractus; quia, vt rescindantur onerosi actione in factum Pauliana, tanquàm gesti in fraudem creditorum, vtriusque contrahentis dolus,

dolus, aut fraus probari debet, l.1.in princip. l. qui autem.§.hoc edictum. l.final.§.si à socero. ff. quæ in fraud. creditor.l. penult.C. eod. At verò in eo ad quem res peruenit titulo lucratiuo, non requiritur cōmissæ fraudis scientia, vt res reuocetur.d.l.penult. d.l.qui autem.§. similiquè modo vbi rationem assignat, d.l. final.§.si à socero, versicul.At si neuter: tradit Ias. post Gloss.1. in initio ibi, in §.item si quis in fraudem, num.27.vbi de materia laté per eum, cum numer.sequentib.instit.de actionib.Gloss.d.l.1. verb.non ignorauerit, & est cōmunis conclusio, ac differentia inter vtrunque casum, quam tradit Gom.2.tom. c.2.num.20. versicul. Secundò principaliter limita, & versicul.Ex quo deducitur.

24 Vbi ex illa infert ad intellectū l.quoties C.de rei vendicat. quatenus habet, quòd re duobus iure distracta, is potior est, cui tradita est; ad quem tex. communis est intellectus cum Bald.in rubr. C.de reuocand.his quæ in fraud. credit.col.1. num.2. & alijs, quos refert Gom. dict. versicul. Secundò principaliter, vt procedat, quando secundus emptor, cui res est tradita, bona fide emit; aliàs enim si priorem venditionem alteri factam non ignorauit, tanquàm à fraudis conscio, reuocatoria in factum actione poterit primus rem illi auferre; & alijs relatis communem etiam asserit, & sequitur Couar. libr. 2. variar. cap.19. num. 5. Qui consequenter inferunt cum citatis ab illis, quód primus, cui res vendita fuit, poßit eam repetere à secundo qui illam donationis titulo accepit, etsi is venditionis antea factæ ignarus fuisset, sic intellecta, ac limitata decisione tex. dict.l.quoties, propterea, quòd in eo qui rem lucratiuo titulo accepit, fraudis scientia non requiritur, vt contra eum competat reuocatoria in factū actio; sed tantum valet in lucratiuo contractu fraus solius alienantis, quantum in oneroso, fraus vtriusque, iuxta conclusionem, ac communem differentiam, de qua sup.

25. Secundùm quam, limitationem prædictam sublimito, ac restringo ad casum, quo ipse qui vendidit, postea donauit, & tradidit; secus si hæres illius, venditionis factæ ignarus, quod in dubio præsumetur; rem à defuncto venditam & non traditam, alteri donasset, & tradidisset; tunc enim quia nec in alienante titulo prædicto lucratiuo, fraudis consilium reperitur, reuocatoria actio aduersùs donatarium locum non habebit.

Differentiæ quintæ

SVMMARIA.

1. *Contractus alij ad acquisitionem dominij sunt inuenti, siue perpetui, siue temporalis; alij ad vsus alios.*

2. *Ex contractibus ad dominij acquisitionem inuentis dominium non transfertur ante traditionem; in legatis ipso transfertur; ratio inquiritur; & dua á Bald. tradita refelluntur.*

3. *Aßignatur ratio propter quam ex solo contractu absque traditione dominium non transferatur.*

Et cur ex solo consensu absque traditione

ditione reale ius pignoris in re contrahatur, ibi in versicul. Qua ratio.
Generalis conuentio in pignore, porrigitur ad futura; cum verô agitur de acquisitione dominij, præsentia tantùm comprehendit; & cur sic, ibid. in fin.

4. & 5. *In hæreditatibus, legatis, fideicōmissis, & donationibus causa mortis, recta via transit dominium absque traditione; & cur sic in vltimis voluntatibus d.nu.4.*

6. *An in donatarij primi substitutum in casu l.quoties.C. de donat. qua sub mod. dominium transferatur absque noua traditione.*

7. *In ecclesiam, & pias causas alias, & ciuitatem, dominium ex solo contractu sinè traditione transfertur.*
L.quoties.C.de rei vendicat.non habet locum in re ecclesiæ, aut ciuitati vendita, aut donata, quamuis postea exsequenti contractu alij tradatur, ibid. versic. Vnde.

8. *Ex principis cōtractu transfertur dominium absque traditione in priuatū cum illo contrahentem.*
Et an econtra ex priuati contractu dominium in principem transferatur absque traditione, ibi in versic. Secundùm quam.

9. *Ex pacto legis commissoriæ, & adiectionis in diem dominium sinè noua traditione retrāsfertur in vēditorē.*

10. *Secus in pacto de retro vendendo, & resolutiuis alijs similibus, secundùm cōmunem. Et, differentia ratio inter hæc, &, pacta legis commissoriæ, ab Alc.tradita, refertur, ibi versic. Qua cōmuni. Et refellitur n.sequēti, & 12.*

13. *Refellitur differentia ratio ab Alciat. tradita inter pactum adiectionis in diem, & resolutiua alia.*

14. *Contra communem nouè traditur, non solùm in pacto legis cōmissoriæ, & adiectionis in diem, sed in alijs etiam resolutiuis per verba directa conceptis dominium absque traditione in priorem dominum retransferri.*

15. *Assignatur ratio retranslationis dominij omnibus resolutiuis pactis æquè conueniens. Et, quæ sit vis resolutiua conditionis, traditur.*

16. *Finita emphyteusi, & feudo, vtile dominium cum directo ipso iure consolidatur absque noua rei apprehensione. Et quid de naturali emphyteusis, aut feudi finiti possessione, nu.sequenti.*

18. *In casibus in quibus dominium sinè traditione transit, possessio absque illa nō acquiritur; & specialitatis ratio in feudo, & emphyteusi finita assignatur.*

19. *Emptor locationi á venditore priùs facta stare non tenetur, sed expellere potest conductorem. Idem traditur in quouis singulari possessore.*
Limitatur in conductore ad longum tempus; & cúm res est locata cum eiusdem rei hypotheca, ibi in versic. Quam regulam. Et an tunc soluendo interesse possit emptor expellere conductorem, an præcisè locationi stare teneatur, nu.20.

21. *Explicatur Ord.lib.4.titul.9 § final. secundùm quam non potest conductor expelli ab emptore, præstando quod illius intersit locationem non impleri; & idem traditur econuersò ex parte emptoris, vt resilire nequeat conductor inuito emptore, si nullum eius vertatur interesse propter nouam emptoris successionem.*

22. *Conductor actionem habet aduersùs venditorem pro eo quod sua interest non expelli ab emptore; & si nullum eius in hoc damnum, aut lucrum vertatur, cessat actio.*

23. *Ampliatur decisio. l. emptorem C de locat.in addictione redituum, seu pensionum domus iudicis iussu facta pro certis annis, & pro executione sententiæ, vt & tunc, is cui addictio facta est,*

est, expelli possit à singulari successore.

24. *Fructus pendentes in re empta tempore venditionis pertinent ad emptorem.*

25. *Et an etiam locati prædij fructus pertineant ad emptorem, an ad colonũ, tractatur, & probatur Ias. distinctio inter emptorem scientem, & ignorãtem, fundum coli per colonum.*

26. *Quando fructus pertinent ad emptorem, colonus iure retentionis aduersùs illum vti non potest pro sumptibus illorum causa factis, nec pro eis contra emptorem ius illi competit.*

27. *Pensio prædij locati, & postea venditi, in vrbanis prædijs diuiditur pro rata inter vẽditorem, & emptorem; in rusticis verò ad eum pertinet, ad ad quem pertinerent prædij fructus pro quibus debetur pensio.*

28. *Quid in eo qui emit à fisco post fructus collectos, ante diem soluendæ pensionis, ad intellectum. l. final. §. final. ff. de iur. fisc.*

Differentia quinta.

De cõtractibus ad acquirendum dominium inuentis, & ad rei vsum, seu fructuum.

1. QVinta principalis differẽtia, seu diuisio contractuũ in eo consistit, quòd alij ad acquisitionem dominij sunt inuenti; alij, ad acquisitionem vsus, seu fructus rei, vt locatio & conductio, commodatum, & precarium: alij verò, ad effectus alios, & humani commercij vsus, cuiusmodi sunt, mãdatum, depositum, fideiussio, pignus, & hypotheca. Dicimus autem, contractus quosdam ad acquirendũ dominium fuisse inuentos; non tamen omnibus dominium omne quæritur, nam alijs omne quæritur, directum, scilicet, ac vtile simul, cuiusmodi sunt, emptio, & permutatio; alijs vtile tantùm, vt feudum, emphyteusis, superficies, de quibus, & alijs agit Nicol. Intrigliol tract. de feud. quæst. 9. num. 15. & 29. cum sequentib. centur. 1. vel etiam dicamus cum Bald. in l. ea lege, in princip. versic. Secundò præmitto, C. de condict. ob caus. quòd quidam sunt contractus, qui de sua natura tendunt ad dominij perpetuitatem, vt emptio & venditio. l. cùm manu sata. §. final. ff. de cõtrah. empt. quidam, qui tendunt ad dominij temporalitatem, vt feudum, & emphyteusis.

2. Rursùs, non est intelligendũ, contractibus ipsis, qui ad dominij acquisitionem sunt inuenti, dominium immediatè acquiri; nam ante rei traditionem non acquiritur. l. traditionibus. C. de pact. l. si ager. ff. de rei vendicat. l. non statim, ff. de pecul. l. si ex stipulatione. ff. de acquirẽd. possess. nec quidem ex voluntate contrahentium, vt cum Aret. ita expresſé tradẽte in l. qui absenti. §. 1. col. 2. ad fin. ff. de acquirend. possess. tradit Valasc. de partition. c. 30. nu. 24. Idquè non solùm attento ciuili iure, sed etiam iure gentium. §. per traditionem, & §. venditę veró, instit. de rer. diuis. Quod quidem non ita consonare videtur simplici ac nudæ veritati, quam demum ius gentium attendit, & obseruat; secundùm quam videbatur, sufficere ad dominij translationem, volũtatem domini, rem suam in alium eam acceptantem transferri, volentis, absque aliquo traditionis requisito, & facto; præsertim, quòd in legatis hoc legimus constitutum, vt ipso iure ante traditionem, dominia

dominia illorum, quæ testator habebat, in legatarios transeant. l.si tibi homo. §. cùm seruus.ff.de legat.1 l à Titio, in fin.ff.de furt. idquè etiam si legatarius ignorauerit, rem sibi esse legatam.l.cùm pater.§.surdo.ff.de legat.2. tradit Tiraq. in.l. si vnquam, verb.reuertatur, num.338.C.de reuocand.donat. Peregrin.de fideicōmiss. articul.49. num. 103.Et idem est de dominio rerum hæreditariarum in persona hæredis,cui,adita hæreditate, sinè traditione acquiritur, quanuis possessio non quæratur ante realem apprehensionem. l. cùm hæredes. ff. de acquirend. possess. d.l.si ager, vbi gloss.notat, Peregrin. d.tract. articul. 48.num.1.vbi, de adipiscendæ possessionis remedio ex.l. final.Cod.de edict.diu Hadr.tollend.latè per eum, post Menoch. remed. 4. adipiscend. Et in actione familiæ herciscundæ, communi diuidundo, finium regundorum, quæ sunt tria diuisoria iudicia, tradit Valasc.de partitionib.c.2.num. 6.per tex. quem in praxi notandum dicit,in.§.vltim.instit.de offic.iudicis, & ait,quòd ibi notant omnes,& quòd est valde notandum, quòd in his diuisorijs iudicijs receditur à regula.l. traditionibus C. de pact. Et quidem potentius ius ad acquisitionem dominij videbatur competere ex contractu, tanquàm simultaneo duorum consensu solidato, quàm ex legato.

Nec Bald. ratio satisfacit, quam scripsit.d.l. ea lege,circà princ.versicul.Tertió præmitto,dicens ,in contractibus non transferri dominium nisi mediante traditione, vel quasi, quia si transferretur solo pacto, obligatio dandi non reperiretur in rerum natura, cùm, ipsa dominij translatione datum iam esset. Quæ ratio displicuit Dec. d.l.traditionibus,num.1. quia, stante dominij translatione ex solo contractu, obligatio dandi in futurum concepta stare posset; vnde magis assentitur secundæ rationi à Bald.assignatæ, quā etiam, illo tacito, sequutus est Alciat.d.l.traditionibus, in princip.nempe, quia dominium naturaliter à possessione cæpit.l 1.ff. de acquirend.possess. ex quo nomina, *meum*,&, *tuum*, dicuntur pronomina possessiua, & naturalia principia non possunt in totum remoueri ab actibus hominum; sed hæc ratio idem euincit in vltimæ voluntatis actibus,vt nec ex eis dominium sinè traditione transferretur; cuius contrarium, communiter tenetur, vt diximus.

3 Quare, rationem huius rei in eo esse,puto,quia dominiū res magni momēti est, & in causa illius præiudicium magnū vertitur; in qua,idcircò, tam iuris ciuilis Conditores, quàm homines dum iure gentium vterentur, cautiùs agendum fore, existimauerunt, vt non simplici contractu rerum dominia de vno in alium transferrentur,sed traditionis facto præcedente, quod maiorem animi deliberationem secum trahit, quam ad tāti momēti rem, satis prudenter Conditores iuris exegerunt. Quanuis enim, fidem in contractibus præstitam seruare & adimplere, omni iuri conueniens valde sit, ex quo dominij translatio traditione mediante sequi debeat, multa tamen euenire possunt tam in celebratione cōtractus, quám post eum,propter quæ,æquum,iustūquè sit,vt ad dominij translationem non procedatur: maior ergo animi deliberatio ac maturitas, quā traditio sequitur, ad rei maioris momenti ac præiudicij executionem requirebatur. In quo vera, vt puto, ac fundamentalis ratio traditionis ad dominij translationem in contractibus, consistit.

Quæ

Quæ comprobatur ex ea, quam aſsignat Bart. ad tex. ibi in l. 1. ff. de pignorat. act. vbi probatur, quòd pignus, quod eſt ius reale, ſolo conſenſu abſque traditione contrahitur, quod etiam probat tex. in l. ſi tibi. §. de pignore, ff. de pact. l. final. C. quæ res pignor. obligar. poſſ. tradit Neguſant. de pignorib. 3 part. membr. 1. num. 1. cuius ratio eſt ſecundùm Bart. d. l. 1. in princ. quem ſequitur Dec. d. l. traditionibus, num. 1. & ibi Alciat. col. 8. verſicul. Huc pertinet, quia pignoris conſtitutio, modici præiudicij res eſt: quaſi, ſcilicet, ſola conuentione ius in re conſtitui nequeat, quando agitur de magno præiudicio, prout in tranſlatione dominij; quod, idcirco, maiorem animi deliberationem requirit, quàm quæ vertitur in ſola conuentione. Ad quod faciunt notata per gloſſ. & Scrib. in d. l. final. circà generalem diſpoſitionem, quæ in pignoris conſtitutione, porrigitur etiam ad futura, iuxta tex. ibi, quia modici præiudicij eſt; cùm verò agitur de dominij translatione comprehendit tantùm præſentia. l. ſi ita, ff. de aur. & argent. legat. cum concordant. adductis à gloſſ. in d. l. final. quia præiudicium magnum vertitur in eo.

4. Ex prædicta autem ratione primò infero ad differentiam inter contractus, & vltimæ voluntatis actus, quibus, ſecundùm vulgares traditiones, dominium ſinè traditione tranſit in hæredes, & legatarios: eſt enim differentiæ ratio inter contractus, & vltimas voluntates, quia vltimarum voluntatum diſpoſitio, ſemper præſumitur magna deliberatione condita, teſtatorquè diſponit de rebus ſuis in tempus quo ad alterius dominium peruenturæ neceſſariò ſunt; vnde nullũ teſtatoris vertitur præiudicium in translatione dominij, quod penes illum, qui rebus humanis ſubtractus eſt, eſſe non poteſt; & voluntati illius conſentaneum valde eſt, vt illico ac recta via, traditionis mora non expectata, tranſeat in eos quibus reliquit. Quod in contractibus ſecus eſt, in quibus, vnuſquiſque contrahentiũ, ſibi magis, quàm alteri prouidere, intendit, & in translatione dominij, proprium domini præiudicium vertitur. Atque ita apparet, quòd ratio aſsignata vt dominium ſinè traditione in contractibus non transferatur, ceſſat in hæreditatibus, & legatis; in quibus peculiaris quædam ratio eſt, vt illud illico transferatur.

5. Quod in fideicõmiſsis eadem ratione obtinet, vt ſinè traditione dominium illorum transferatur poſt aduentum diei, aut conditionis ſub qua relinquuntur. l. final. §. ſin autem ſub conditione. C. commun. de legat. tradit Peregrin. de fideicommiſſ. articul. 49. num. 104. cum Salyc. ibi, & Socin. iun. conſ. 18 2. num. 20. vol. 2. per eum relatis; & num. 106. ibid. idem tradit de quasì dominio quod erat penes teſtatorem, vt recta via tranſeat in legatarium, & fideicommiſſarium, ſecutus Bart. in l. in fideicommiſſariam, num 6. ff. ad Trebell. & in l. 1 §. 1. ff. de publician. in rem act. & Bald. in l. 1. nu. 21. C. de vſur. ex fructib. legator qui in legatario loquuntur; & in vtroque loquens, veriſsimam concluſionem eſſe, dixit Peregrin. d. num. 106. Et in donationibus cauſa mortis, vt recta via tranſeant, adinſtar legatorum, cõfirmat præcedens ratio, & tradit Dec. d. l. traditionibus, num. 16. Alciat. ibi col. penult. verſicul. Sed an idem, per l. 2. ff. de publician. in rem act.

6. In donationibus autem inter viuos dominium ſinè traditione non transfertur, iuxta regulam. Sed eſt dubiũ, an in caſu l. quoties. C. de donat.

quæ sub mod. dominium sinè traditione transferatur in substitutum primi donatarij, ita vt non solùm actio personalis illi competat (quod qua ratione procedat, ad intellectum tex. ibi, explicat Exea de pact. nu. 128. & sequenti) sed etiam realis? In qua quæstione affirmatiuam partem amplexus est Dec. consf. 239. num 8. & in. d. l. traditionibus. C. de pact. nu. 15. quem alij sequuntur, & Peregrin. qui illos refert, de fideicommiss. articul. 51. num. 17. aduersùs Couar. lib. 1. var. c. 14. nu. 3. qui quæstionem hanc latè disputat, & cōtrariam sententiā in ea tuetur, cui accedūt Menoch. cōs. 185. num 30. & Alc. d. l. traditionibus, col. 5. versic. Addit specul. vbi, plurimos à priore Decij sententia dissentire, testatur. Et eandem sententiam cum Alc. & alijs probat Barbos. in. l. diuortio, in princ. 2. part. num. 9. versicul. Secundò vrget, vbi ex eodem Alc. respons. 99. nu. 11. receptam testatur, & num. sequenti, versicul. Quod tamen, ff. solut. matrim. vbi tamen num. 22. tradit, quòd vtile dominium emphyteusis transit in sequentē absque noua traditione, idem tradit Valasc. de partitionib. c. 31. num. decim. quod probant, non ex vi contractus, sed quia traditio facta primo, nomine sequentium facta censetur. Quæ ratio idem generaliter euincit pro priori sententia ad casum. d. l. quoties; quam tamen qui sequuntur, fauore liberalitatis, eamquè exercentis, sustinent, vt pleniorem consequatur effectum. Qui quidem liberalitatis fauor, idem & multò fortiùs euincit in casu. l. 1. C. eod. illo titul. de donationib. quæ sub mod. & tamen ibi dominium sinè traditione retransfertur, non tam liberalitatis, quàm alimentorum fauore, secundùm gloss. ibi, & communem traditionem. Quarè, si Decij sententia tenenda est in substituto donatarij, ego pro ratione illius recurrendum puto ad eam, quam scripsi pro testamentarijs dispositionibus, quæ hìc æquè militat.

7 Sunt prætereà casus alij, in quibus etiam ex contractibus dominium sinè traditione transfertur vera, vel ficta; de quibus per Gloss. & Doctor. in d. l. traditionibus, & in. l. si ager. ff. de rei vendicat. Quorum primus est in ecclesia, cui ex solo contractu acquiritur dominium, vt omnes tradūt per tex. in. l. final. C. de sacrosanct. eccles. qui idem æquè probat in pijs alijs causis, & ciuitate. Cuius argumento, in re principi, aut fisco vēdita, & donata idem concludunt communiter Doctor. teste Peregrin. qui illos sequitur, in tractat. de iur. & priuileg. fisc. lib. 6. titul. 1. num. 14. Qui eod. lib. tit. 8. nu. 2. & 3. centenariæ præscriptionis priuilegium, de quo in. d. l. final. ex communi sententia ad fiscum, & principem extendit.

Vnde, communi sententia traditur limitatio ad. l. quoties. C. de rei vendicat. vt non procedat quando res primùm ecclesiæ venditur, aut donatur, & postea alteri traditione secuta, erit enim illi ecclesia præferenda propter dominij acquisitionem ex solo primo contractu in illa causatam, vt tenet Gloss. in. l. siue autem. §. si duobus, verb. petentis. ff. de publician. in rem action. & communiter Doctor. ibi, & in. d. l. quoties, vbi Ias. num. 4. idem tradit in ciuitate, & pauperibus; Abb. & Canonistæ in c. continebatur, de his quæ fiunt à prælat. sinè consens. capitul. Gom. 2. tom. c. 2. num. 20. versicul. Ex quo primò deducitur, vbi hanc sententiam communem dicit, & probat, & in. l. 40. Taur. num. 16. versicul. Ex quo primò deducitur, communem etiam testatus in re vēdita

dita ecclesiæ, aut ciuitati, idem firmat Couar. lib. 2. variar. c. 19. num. 2. vbi num. sequenti idem tradit ex communi sententia, in re à principe donata, aut vendita, pro limitatione. d. l. quoties; quam sequuntur citati à Peregrin. de iurib. & priuileg. fisc. lib. 1. titul. 3. num. 47. vbi tamen num. 49. communem sententiam in contrariũ esse, dixit, quam latè firmauit Afflict. in c. 1. sub. nu. 5. cum sequent. in titul. qui success. teneant. multifariam eam ibidem limitans; sed loquens in donatione à principe facta, ex illa absque traditione dominium transferri in donatarium, scripsit Cabed. secutus Bald. & Iserniam ab eo citatos, decis. 39. num. 7. 1. part.

8 Est ergo alter casus in quo dominium sinè traditione transfertur, principis contractus, secundùm priorem communem sententiã à Couar. traditam; quã tamen multi, duntaxat in priuilegijs à principe concessis admittunt, & non in contractibus, prætërquàm vbi constiterit de voluntate illius dominium sinè traditione transferre volentis, secuti Bald. ita tradentem, ac distinguentem in. c. 1. §. inuestitura, de noua forma fidelit. col. final. quibus adhærent Dec. & Alciat. d. l. traditionibus, col. 2. versicul. Sed quid in contractu principis, Couar. d. c. 19. num. 3. vbi alios citat communẽ sententiam sic intelligentes; post eos Peregrin. d. num. 49. iuncto 17. eod. titul. 3. & lib. 6. titul. 1. num. 15. Mantic. de ambig. conuention. lib. 3. titul. 10. num. 50. in fin. tom. 1. Lusitan. Rebell de obligationib. 1. part. libro. 1. quæst. 8. sect. 4. num. 19. & Didac. à Brito in cons. ad causam maiorat. Regiæ coronæ quæst. 4. num. 4. & ante eos Valasc. alijs citatis de iure emphyt. quæst. 9. num. 30. vbi aduersùs alios non distinguit inter concessionem priuilegij causa factam, & contractus alios á principe gestos, æquè vtrobique probans, dominium absque traditione non transferri, prætërquàm si constiterit de voluntate principis id ipsũ volentis, communẽ sententiam in omnibus sic accipiens, & cum contraria concilians. Quæ quidem sic intellecta, restricta nimis, aut etiam destructa manet; & tamen illa non leui nititur fundamento, nempe, suprema ipsius principis authoritate, cui non temerè hoc condonatur, quod homini priuato in vltimæ voluntatis actibus concessum iure legimus. Nec ratio illa quam sup. considerauimus ad regulam prædictã, in principe adeò militat, de quo magis præsumendum est, præuia, ac magna deliberatione res suas, & contractus suos gerere, siue per se, siue per officiales ad id electos expediantur. Vnde à cessante ratione, quã dominia ex contractibus priuatorum non migrant sinè traditione de vno in alium, contrarium in contractibus principũ tenendum videtur, secundùm communem sententiam primò dictam; quæ sic defensa, non tam speciali aliquo principis priuilegio contra iuris regulam, quàm consentanea ratione procedit. Secundùm quam intelligenda semper est, vt dominium transferatur sinè traditione ex contractu principis in priuatum cum quo contrahit, non verò ecõtrà, ex contractu priuati in principem transferatur. Etsi communis, quam tradit, & sequitur Peregrin. d. lib. 6. titul. 1. num. 14. & sequitur Ruin. cons. 40. num. 5. lib. 1. Cardinales Tusch. & Mantic. illo practicar. conclus. iur. tom. 2. conclus. 602. num. 95. liter. D. hic d. titul. 10. num. 50. in hoc casu idem æquè probet; quæ, si placeat, priuilegij causa recipi debet. Et quidem hoc ita, in stricta

ſtricta diſputatione defendi vix potuiſſet; quod enim ſcriptum legimus in.d.l. final. vnde communis in contrarium mouetur, ex priuilegio eſt: quod, quia ſtricti iuris eſt, ad perſonas alias, & caſus alios, quàm in quibus ſcriptum eſt, nempe, in eccleſia, pia cauſa, & ciuitate, extendendum non eſt, iuxta priuilegij naturam, de qua Peregrin.d.lib.6.titul.2.num.2.

9 Fallit etiam prædicta regula in pactis legis commiſſoriæ, & adiectionis in diem, ex quibus, dominium rei venditæ, & traditæ, ſinè noua traditione in venditorem retransfertur, vt notat gloſſa final.in.d.l.traditionibus, & in d.l. ſi ager, gloſſ.in.l.1.C.de donat. quæ ſub mod.per tex.in.l.cōmiſſoriæ C. de pact. inter emptor.& vend.& in.l.ſi quis hac.ff.de rei vendicat. Et eſt communis, & concors omnium ſententia, cui nemo contradicit teſte Tiraq.de retr.conuentional §.1 gloſſ. 7.num.3.& duob.ſequentib.dummodò pactũ ab initio cōtractus interponatur, & per verba directa, videlicet, *res ſit inempta*, ſecus ſi per obliqua, vt puta, *res reſtituatur*, aut, *reuertatur*, vt Gloſſ.noſtræ, & Doctor.communiter tradunt, teſte Salyc.d.l.commiſſoriæ, num.2. explicat Fabian. de. empt.& vendit.quæſt.7. principali verſic.Secundò quæro, num.12.cum ſequent. Quod tamen diſplicuit Alc. d.l. traditionibus, col. 7. qui in verborum formula vim non ponit; quoniam, inquit, mens contrahentium magis eſt ſpectanda; & ita, ſufficere ad hoc verba æquipollentia ijs quæ à Iuriſconſultis legi cōmiſſoriæ aſcribuntur, probat Couar. lib. 3. var. reſol. c. 8. num.1.

10 Præter hæc autem, in pactis alijs reſolutiuis variant Doctor. vt puta, in pacto de retro vendendo, & ſimilibus; alij, in illis quoque dominium ſinè noua traditione in priſtinũ dominum remeare, aſſerentes, alij cōtrarium, regulæ adhærentes in pactis alijs reſolutiuis præter, quàm in pacto legis cōmiſſoriæ, & adiectionis ſeu addictionis in diẽ; quod vltimũ cōmunis probat cũ gloſſ.& Bart.in.l.1.ff de donation. vt fatetur ibi Cuman diſſentiens ab ea, num.10.& ſequenti, communem etiam tradit Alex.conſ. 10. vol. 1. & Dec. eam ſequutus. d. l. traditionibus, num. 13.in.fin.Couar. lib.1.variar.c.14.num.3.verſicul.Hanc verò, & latiùs, loquens in pacto de retro vendendo, communem tradit, & probat lib.3.d.c. 8.nu.2.Gail.pract. obſeruat.lib. 2. obſeruat.16 num.3. & 4.Peregrin.de fideicommiſſ. articul. 51. num. 82. vbi vtriuſque ſententiæ Authores refert, plures Tiraq. d. §.1. gloſſ.7.n.7.& 12.Pro quo ſentētia adducunt, quia rerum dominia, ſicut ex ſolo titulo ſinè traditione non transferuntur de vno in alium, ita titulo reſoluto, ſeu annullato, non regrediuntur in priſtinum dominum ſinè retraditione, ſecundùm Gloſſ.magnã in fin.in.l.1.C.de inofficioſ. donat.vbi notat Bald.& alij relati à Peregrin.d. num.82. & pluribus relatis ſequitur Luſitanus noſter Franciſc.de Cald. de extinct. emphyteuſ. c.17. num.31. vbi idem tradit ex Bart. in.l.ſi ita quis §.ea lege, ff.de verbor.obligat.& alijs, etiam cùm ipſo iure ex diſpoſitione legis, vel ſtatuti contractus annullatur.

Qua communi retenta, difficultas ſtat in quærenda ratione ſpecialitatis ad pacta legis commiſſoriæ, & adiectionis in diem; & reiecta ea quam Bart.d.l.1.num.10.& frequentiùs Doctor. comminiſcuntur, de frequentiori horum pactorũ vſu, cuius cauſa ſpeciales etiam titulos ſortita ſunt in libris Digeſtorum, Alciat. d l.traditionibus,

tionibus, col.7.ad pactum legis commissoriæ rationem esse, dixit, quia re vendita & tradita, non ante, dominium acquiritur emptori, quàm pretiū soluatur, aut fides de eo habeatur §. venditæ veró, instit. de rer. diuis. tradit Fabian. de empt. & vendit. quæst. 5. principal. versicul. Circà sextum, numer. 33. cum sequentib. (Quod in alijs quoque contractibus communi calculo receptum est, cum Bart.in.l.si seruus communis.§.locaui num. 2. ff. de furt. vt dicit Roman. cons. 86.col. penul.Alex.& Dec.nu. 8.d.l. traditionibus) ideircò, quando nullum numeratum est pretium, & pacto legis commissoriæ subijcitur, quia non omnino fides de eo habita videtur, commissorij pacti euentu remeat dominium in venditorem, quod in emptoris persona non consistit, quia nec pretium solutum, nec fides de eo extunc habita reperitur. Quam rationem, inquit Alc. cēsuisse Guiliel.Bald. & Salyc.in.l.ab emptione.ff.de pact.

11 Secundùm quam rationem dicendū erit, quòd, etsi contrahentes non subijciant pactum legis commissoriæ, sed simpliciter fides de pretio habita sit in certum vsque tēpus, eueniente eo, & non soluto pretio, dominium ipso iure in venditorem remigret, sicut remigraret ex pacto legis commissoriæ. Quod expressè traditur in Ord.nostra lib.4.titul.5.§. 2.quæ in hoc non reputaretur vt iuris communis correctoria, stante ratione prædicta ad pactum legis cōmissoriæ, quæ æquè in casu isto militat, in quo post terminum constitutum, nec pretium solutum reperitur, nec fides extunc de illo habita. Cæterùm, si hoc admittimus, consequenter dicemus, quòd, etsi pactum legis commissoriæ per obliqua verba concipiatur, dominium æquè ex eo sinè traditione retransferetur, quod Alc. cōtra communem probat. Cui tamen ego adhærendum censeo per.l.3.C.de pact. inter emptor. & venditor. vbi ita tradit Gloss.quam communiter Doctor.sequuntur.

12 Nec quidem de iure cōmuni verum puto, quòd si à principio fides de pretio habita fuit emptori in certū vsque tempus, elapso eo absque pretij solutione, rei dominium cesset in persona emptoris, & in venditorem reuertatur; quiquid contrarium cōtra communem tentauerit Fabian. d. quæst. 5. principal. versic. Sed circà, num.40. cum duob. sequentib. cùm enim primùm res traditur emptori habita fide de pretio, dominium illi quæritur perinde ac si pretium soluisset; pretij, namque, solutio, & fides de eo habita, in hoc æquiparantur in.d. §.venditæ verò, qui tex.nimis, ac violenter restringeretur, si non intelligeretur etiā in casu quo fides de pretio habita est certo termino solutioni illius præstituto; quia hoc frequētiùs euenit, cùm fides de pretio habetur, vt certa solutionis dies â contrahētibus designetur; maximé, quód quando nō expressè designata est, sed simpliciter fidem emptoris sequutus est venditor termino non declarato, non in perpetuum fidem de pretio habere, intelligitur; id enim, donare, esset, & non vendere; sed conueniens aliquod tempus subintelligitur, quo elapso, diceremus quoque, retro dominium ab emptore in venditorem redire, quasi, non soluto, nec fide de eo omnino habita; quod non solùm restringeret, sed patenter violare decisionē tex. in. d.§. venditæ verò, versicul. Sed si is. Quarè Regiam nostram Ord.d.titul 5.§.2. iuri communi contrariam censeo. Nec puto veram

supra.

supradictā Alc.rationem ad dominij remigrationē ex pacto legis commissoriæ.

13 Et multô minus probo rationē quam tradidit pro pacto adiectionis in diem.d.l.traditionibus, col.7.vbi, rationem esse, scripsit, vt ex eo finè traditione retransferatur dominium, quia non omnino, nec perfectè in emptorem translatum fuit ex contractu, qui, propter huiuscemodi pactū, conditionalis manet, seu purus sub conditione resoluendus. Quæ quidem ratio accomodari etiam posset pacto legis commissoriæ, vt aliam in eo afferri, necesse non esset, quia tale pactum resolutiuam contractus conditionem inducit, vt dicitur in.l.1. illius tituli. Et denique ratio hæc idē æquè probat in pactis alijs resolutiuis, in quibus nec communis, nec Alc. eam secutus talem dominij retranslationem finè traditione admittit.

14 Ego, igitur, quia congruā specialitatis rationem ad pacta legis cōmissoriæ, & adiectionis in diem non inuenio, in contraria sum sententia, existimans, non solùm ex his, sed ex alijs quoque pactis resolutiuis per verba directa conceptis dominium finè traditione in priorem dominum redire. Quid enim interest, si fundus vendatur eo pacto, vt si pretium non soluatur intra terminum ad soluendum datum, res sit inempta (quæ est forma pacti legis commissoriæ) siue, vendatur nisi quis meliorem conditionem intra certum tempus attulerit (quæ est forma pacti adiectionis in diem) an, si vendatur adiecto pacto, nisi nauis ab Oriente venerit, siue, vt si nauis venerit, maneat inemptus? Certè, si mentē contrahentium spectemus, non minoris roboris manet venditio prioribus pactis subiecta, quâm posteriori; cùm in hoc, vt in illis, æquè sub conditione resoluenda maneat; nec quoad hoc potentiora sunt verba in illis expressa, quàm in isto; semper enim directa proponimus, vnde non video, cur, quod in illis, cōtrahentibus concessum legimus, abnegemus in alijs, in quibus eadē deprehenditur mens contrahentium, & similis verborum formula. Dico, igitur, dominij retranslationem ex pactis omnibus resolutiuis per verba directa cōceptis æquè procedere; quam specialiter in pactis legis commissoriæ, & adiectionis in diem leges tradiderunt, propter frequentiorem istorum pactorum vsum; ex quo, quod in his scriptum legimus in.l. commissoriæ. C. de pact. inter emptor. & vendit. & in.l.si quis hac ff.de rei vendicat.in alijs eiusdem vis, & rationis, esse negatum, asserere non debemus, secundùm receptam gloss. traditionē in clem.1. verb.præsidentes, in fin.de rescript.quam Doctor. sæpe ad hoc notant, vt lex loquens in vno casu, ratione frequentioris vsus, alios eiusdem rationis excludere, visa non sit.

15 Rationem autem, ob quam resolutiua pacta verbis directis concepta dominium ipso iure retro transferri faciant, vnam & eandem in omnibus esse, censeo, nempe, ipsam contrahentium voluntatē; qui etsi facere non possint, vt ex contractibus suis dominium rei suæ finè traditione migret de vno in alium; id enim soli principi competit ex communi sententia de qua sup. facere tamen possunt, vt rei suæ dominium migret ad tempus mediante traditione, ita vt post illud, finè ea remigret in priorē; quod, non tam est nouū dominiū inchoare, quā pristinū reassumere, vt in venditione loquēs obseruauit Fabian. d.quæst. 5. principal. versicul. Circà sextum,

sextum, num. 33. in fin. hoc autem quod iure possunt, clarè se velle, ostōdunt, dum talia pacta addunt, quibus in euentum alicuius conditionis resoluatur contractus, perindequè maneat, ac si celebratus non fuisset, &, si deficiat conditio, perinde maneat, ac si ab initio purus semper, & perfectus perstitisset; hæc enim est resolutiuæ conditionis vis, & potestas. l. 2. iuncta gloss. ibi, verb. lucrari, & l. item quod dictum. ff. de in diem addict. l. si hominem. ff. de vsucapionib. l. 2. §. si in diem, iuncta gloss. ibi, verb. effici ff. pro emptor. l. obligationum ferè. §. conditio, ff. de obligat. & act.

16 Ad quam rationem pertinet vtilis dominij consolidatio cum directo, quæ secundùm commune cunctorum placitum ipso iure fit, finita emphyteusi, aut feudo; quanuis enim illud nō trāseat ex solo emphyteutico contractu, sed traditio requiratur, iuxta regul. d. l. traditionibus. C. de pact. à qua vtile dominium non reperitur exceptum; vnde secundùm eam non nisi mediante traditione transfertur, vt contra Speculat. titul. de emphyteus. num. 93. verius & receptius esse, tradit Valasc. de iur. emphyt. quæst. 14. nu. 6. tamen inter omnes constat, vtilis dominij cum directo consolidationem ipso iure absque traditione fieri, finita emphyteusi, & feudo. Cuius ratio est, quia in concessione ipsa, certum tempus, seu certæ generationes, & conditiones quædam resolutiuæ emphyteusi, & feudo præscribuntur: vnde his euenientibus non durat vtile dominium, quod non in perpetuum, sed ad tēpus datum apparet, ita vt eo eueniente in cōcedentem regrediatur, ex paciscentium voluntate, iuxta rationem quam ad pacta resolutiua in contractibus alijs assignauimus.

17 Sed hic plus est, quia non tantùm vtile dominium consolidatur cū directo, finita emphiteusi, & feudo, sed etiam naturalis possessio, ad ciuilē quā dominus semper retinet, absque traditione aliqua trahitur, secūdùm Bald. in. l. 1. nu. 38. ff. de rer. diuis. quem sequuntur communiter Doctor. latè Cald. de emphyteus. extinct. c. 17. n. 17. Et licèt Valasc. d. tract. de iur. emphyt. quæst. 18. nu. 7. versicul. Sed vtraque, sententiam hanc non probet, sed magis, ciuilem domini possessionem non trahere ad se naturalem emphyteusis finitæ, nisi denuo apprehendatur; attamen in numer. sequentib. 8. & 9. tenet, posse dominum vti interdicto, *vti possidetis*, pro naturali possessione, emphyteusi finita, ex tempore, vel ex causa commissi, quasi in possessione sua ciuili turbetur, & molestiam patiatur ab eo, qui naturalem quam iniustè detinet finito titulo, restituere recusat; & prætereà, si ad iudicium ire nolit, posse rem emphyteuticam absque spolij vitio in continenti propria authoritate occupare; quod cōmunis sententia probat, quam ille fatetur d. num 9. latiùs Cald. d. c. 17. num. 18. cum sequentib. vbi quæstionē hanc, an dominus propria authoritate possit capere emphyteusim finitam, latissimè tractat; & num. 21. tenet contra communem quando emphyteusis per commissum finitur, secus quando per generationem, aut temporis lapsum; in quo plures consentiunt, vt ibid per eum num. 37.

18 Hæc autem omnia, quæ de naturalis possessionis consolidatione cū ciuili, & de re, propria authoritate capienda, finita emphyteusi, & feudo, communiter traduntur, non habent locum in alijs casibus, in quibus dominium sinè traditione transferatur; nam, etsi dominium in illis transfera-

 tur,

tur, possessio tamen non transfertur, vt cum gloss.Bart.& alijs tradit Tiraq. in.l.si vnquam verb. reuertatur, nu. 389.C.de reuocand.donat.Cald.d.c. 17. num. 30. versicul. Suffragatur. Et est specialitatis ratio in emphyteusi, & feudo, omissa ea quam tradit Cald. d.num.17. versicul. Ratio quia,& versicul. Hic autem recipiens, quæ idem concludit in pactis alijs resolutiuis; quia naturalis possessionis transitus ad ciuilem eiusdem rei, facilior est, quám naturalis ac ciuilis simul possessionis transitus ad eum qui nullam retinet; vnde, etsi possessio regulariter sinè traditione non transeat, nec in casibus in quibus dominium ipso iure absque illa transit, eius tamen transitus sinè traditione admittitur communi calculo, cùm agitur de naturalis consolidatione cum ciuili; quasi, transitus hic non arduus iuris Peritis videretur, etsi ille aliàs facti sit, vt explicat Gom.l.45.Taur.num.17.versicul. Item & secũdô, & idcircò ad acquisitionem possessionis, apprehensionis factum requiratur; quia & iure fieri potest, vt absque vero & naturali apprehensionis facto vtraque possessio transferatur, fictione, scilicet, legis inducta, cuius, ad acquisitionem possessionis, & dominij cum ea absque vera rei traditione, multi sunt modi, quos congerit Alc. d.l.traditionibus C.de pact.in princip.ex versicul. Ea autẽ traditio, latè Gom.d.l.45.Taur. ex num.45.

Vt verò ad id, quod sup.in capite præsentis articuli proposuimus, regrediamur, constat, contractus quosdam quęrendi dominij causa inuentos fuisse, tametsi illis, nec iure illo quo sunt inuenti, dominium sinè traditione vera, vel ficta regulariter quæratur; cuius rationem asignauimus.

19 Ea est autem potissima differentia inter hos, & illos qui vsus, seu fructus rei quærendi causa sunt inuenti; quòd hi, potiores sunt illis, atque illis præualent etiam si posteriores tempore sint. Vnde, si quis rem suam alicui locet, & eam postea locationis tempore non dum finito alij vendat, emptor locationi stare non tenetur, si stare non promisit, sed cõductorem expellere liberè poterit, l. emptorem. C.de locat. qui est tex. ad hoc celebris & capitalis; vbi gloss. Bart.& communiter Scribent.& in.l. qui fundum. ff. eod.Gom. 2. tom.c. 3.num.9.Couar. lib.2.var.c.15.num.1. Valasc. de iur. emphyt. quæst.20.nu. 19.latè Gutier. canonicar.quæst.lib.2. c.8. & Barbos. in.l. si filiofamilias. §. final.per tot.ff.solut. matrim. Vincẽt. Carot.in tract.de locat.2.part.titul.de singulari successore, Peregrin. de fideicommiss. articul. 40. ex num. 91. & de iur. fisc. lib. 6.titul. 4. num.33. Morl.in empor.iur. tit.decim. quæst. 2. num. 3. & 4.1. part. & alijs citatis Castill. de vsufruct. c.37. num.2. Qui regulam ac conclusionem generalem tradũt in quouis singulari successore, vt locationi stare non teneatur; vnde, in vsufructuario idem traditur, vt locationi ab authore suo factæ stare nõ teneatur, de quo per Castill.d.c.73. vbi sic resoluit num.8. sicut èconuersó proprietarius non tenetur stare locationi ab vsufructario factæ, finito interim vsufructu, l. si quis domum.§. 1.ff. locat.de quo per Castill. d. c.73 num.17.

Quam regulam limitant Doctor. in non nullis casibus, quos, vltra alios, prosequitur Barbos. d.§.final.ex num. 30.frequentiores autem inter omnes sunt, de conductore ad longum tẽpus, qui, quia ius vtilis dominij in re habet, expelli non poterit, secundùm communem: & de eo qui rem sibi locatam

locatam pro obseruatione cõtractus, nexu pignoris obligatam habet; qui etiam ab emptore, seu singulari successore expelli non poterit, propter ius reale hypothecæ, quod in re habet, secundùm Bart. & communiter Doctor. in d.l.emptorem, & in d.l. qui fundum.

20 Quod intelligunt, vt propter ius hypothecæ, colonus, seu inquilinus expelli nequeat, quandiu ei, quod illius intersit, non satisfiat. Alij verò, ius hypothecæ, præcisam contractus stabilitatem operari, tenent, ita vt nec interesse oblato recedere cogatur conductor. Qua in re communes inuicem contrarias refert Barbos. d. l. si filiofamilias. §.final. num. 32. vbi priorem probat; quam esse de mente omnium Doctorum, asseruit Gregor. eam secutus. l. 19. titul. 8. part. 5. verb. *dos casos*, col. 2. & alijs relatis communem dicunt, & sequuntur Gom. d. cap. 3. num. 9. Gutierr. dict. cap. 8. num. 16. Couar. d. c. 15. nu. 3. Valasc. consult. 76. num. 5. tom. 1. vbi tamen in versicul. Sed dubito, pro contraria sententia legem nostram Regiam expendit, quam sinè dubio probat tam olim in antiquis, quàm hodie lib. 4. titul. 9. ad finem principij. Vbi etiã disponit, nihil quoad hunc effectum interesse, an res ipsa locata, specialiter sit hypothecata, an sub generali bonorum obligatione; quicquid circâ hoc de iure communi cõtrouertant Doctor. Quod etiam ad leg. Regiam obseruauit Valasc. d. consil. 76. num. 6. Et retenta communi de interesse soluendo, eandem probat Gutierr. cum relatis ab eo d c. 8. num 17. etiã in generali bonorũ hypotheca, sicut in speciali ipsius rei locatæ, idquè ex alijs quos citat, commune tradit.

21 Magis verò notanda est eadẽ Ord. d. titul. 9. §. final. dum disponit, quòd, si conductor emptori præstet quod eius intersit propter locationẽ rei emptæ, stare illi tenebitur emptor. Quæ est noua alia limitatio & magna quidem ex iure nostro ad regulam d. l. emptorem. Secundùm quam, quia regula prædicta, correlatiua est, ita, vt sicut emptor non tenetur stare colono, sic nec colonus inuitus emptori, ac nouo singulari successori stare teneatur. l. qui fundum ff. locat. Gloss. & communis in d. l. emptorem, dicendum videtur; quòd, quemadmodũ colonus resistere potest emptori, ne recedatur á contractu, præstando interesse, ex iure nostro Regio, ita eodem iure cogere possit emptor colonum ad implendam locationem præstando ei interesse, si quod patitur ex noua emptoris successione, alio qui, si nullum patitur damnum ex noua successione emptoris, nec illi magis intersit in conductione manete, sub dominio venditoris à quo rem acceperat, quàm sub dominio emptoris, inuito emptore resilire non poterit, quemadmodum nec inuitus expelli poterit, quando nihil intersit emptoris, in expulsione illius, secundùm Ord. d. titul. 9. §. final. Dum enim loquitur in casu quo cõductor offert emptori id quod eius intersit, vt ita, stare locationi, teneatur, idem æquè sentit in casu, quo nihil intersit emptoris, locationis tempus impleri, videlicet, quia rem, quam emit, locare intẽdit, nec inquilinus alius, colonus ve melioris conditionis, seu, qui plus offerat, inueniatur. Quód si existat aliquis, qui maius pretium offerat, in illo quod plus offert, vertitur interesse emptoris, quod illi præstare debet colonus primus, si legis nostræ beneficio vti vult. Quod intelligo, etsi plus illud quod offertur vltra pretiũ locationis á venditore factæ, iustũ

protium excedat, dummodò dimidiam iusti pretij non transgrediatur; si enim transgrediatur, iniustè emptor aget interesse petendo, quod secundùm leges lucrari non potest.

22. Illud veró constare debet, quód quicquid colonus nomine interesse præstet emptori, vt locatio impleatur, exigere poterit à venditore qui sibi locauerat; nam contra eum competit illi actio ex conducto pro interesse suo.l.si merces. §. 1. ff. locat. quod interesse in casu præmisso deprehenditur in eo quod plus soluit, propter maiorem alterius licitationem. Intelligendum tamen hoc erit dummodó conductoris intersit, in re conducta manere; alioqui enim, si in hoc eius nullum versetur commodum, aut damnum; quasi nihil eius intersit, tempus locationis impleri, nulla illi ad interesse competet actio, quanuis propter maiorem alterius licitationem, maiori pretio maneat in re conducta, beneficio legis nostræ; sicut non competeret, si inuitus expelleretur, secundùm iuris ciuilis leges, quando in expulsione nullũ illius interesse damni, aut lucri verteretur; nec enim voluntarium conductoris interesse hìc attenditur, sed verum, ac reale alicuius damni, aut lucri; quod esse de mente omnium, asserit Barbos. dict.l.si filiosfamilias §. final. nu.32. versicul. Qui infert, post Gregor.d.l.19. verb. dos casos, col.2. in medio, versicul. Et licèt non reperiam. Quod regulare est in casibus alijs, in quibus actio ad interesse iure competit.

23. Sed dubium est, an regula, & decisio d.l. emptorem, etiam locum habeat in casu addictionis iudicis authoritate factæ, videlicet, si prædij alicuius reditus in causam iudicati capiantur, & creditori ipsi pro executione sententiæ, aut licitatori alij intra certos annos addicantur, intra quos prædium à debitore vendatur. In qua specie, videtur, regulam dict.l. emptorem, locum non habere, quia in ea non tam futurorum redituum locatio, quám venditio facta censetur, nam & futurorum fructuum emptio rectè contrahitur. l. nec emptio ff.de contrahend. empt. tradit Menoch. cum Bald. & Fabian. ab eo citatis, de præsumption. libr. 3. præsumpt. 104. num. 21. & nos tradidimus sup. ad tex. ibi, *emptiones*, *venditiones*, cùm de intellectu dict. l. nec emptio ageremus, ex num. 64. Vnde possessione capta, is cui reditus sunt addicti, ius reale in eis habere censendus est, vt ab emptore rei expelli nequeat quasi simplex prædij conductor. Præterea, si conuentionale pignus ius reale præstat, quo limitatur regula prædicta, vt diximus sup. idem non minus præstare debet pignus iudiciale, à quo addictio, quæ fit pro executione sententiæ, initium sumit & fundamentum. Est enim iudiciale pignus, quod iudicis iussu pro executione sententiæ capitur; in quo à prætorio differt, quod propriè ante sententiam constituitur, cùm iudicis iussu immissio fit ex primo decreto ob partis contumaciam, vt tradit Negusant. de pignorib. 3. part. 2. memb. num. 1. & 3. membr. eiusdem part. num. 1. Et tale pignus iudiciale, conuentionalis pignoris vicem subit, iuxta tex. in l.1. C. si in caus. iudicat. pign. captum sit. Quod etiam in prætorio euenit, iuxta tradita per Negusant. d.2.memb. num. 5. quod non tanti roboris est, vt iudiciale. Et apud nos quidem, iudiciale pignus conuentionali præualet, ita vt creditor ex eo, anteriori

anteriori creditori & priorem in eadẽ re hypothecam habenti præferatur, ex lege Regia ita disponente in lib. 3. titul. 91. in princip. & §. 1.

Cùm, itaque, iudiciale pignus, non minorem vim, & effectum habeat, quàm conuentionale, siue ius commune, siue Regium nostrum spectemus; & conductor qui conuentionale pignus habet in re conducta pro obseruantia contractus, repellere possit emptorem, ac singularem successorem, iuxta supradicta; vtique, & creditor qui iudiciale pignus habet, eodẽ iure fruetur: atque ita si interim debitor rem vẽdat, iudicialis pignoris ius in reditibus illius constitutum nõ infringetur. Et, quia tale pignus ordinatur ad addictionem redituum ipsorum in quibus est factum, multò minus, addictione facta, poterit eam elidere singularis successor, qui elidere non posset iudiciale pignus propter eam factum; quia, propter quod, vnum quodque tale, & illud magis, Auth. multò magis. C. de sacrosanct. eccles. & inducta ad augmentum, nõ debent operari diminutionem, sicut nec econtrà. l. legata inutiliter ff. de adimend. legat.

Nihilòminus tamen in quæstione præsenti verior videtur pars cõtraria; quia talis addictio futurorum redituũ, seu pensionum, in effectu nihil aliud est, quàm locatio quædam pro certis annis mercede statim soluta; idcircò comprehensa manet in decisione, ac generali regula. d. l. emptorem, cum concordantib. in dubio enim quando non exprimitur vnius, aut alterius contractus nomen, & verba ad vtrũque referri possunt, de locatione potiùs sunt intelligenda, vt in concessione vectigalium pro aliquibus annis certo pretio in singulos constituto, communis sententia probat, quã ex Rip. tract. de peste, titul. de priuileg. contract. num. 54 & Boer. quæst. 249. nu. 11. refert, & sequitur Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumption. 104. num. 1. & num. 6. magis receptã opinionẽ esse fatetur, vt in prædicta specie locatio præsumatur, & non emptio & venditio redituum vectigalium, etsi emptionis & venditionis verbo contrahentes vtantur, licèt ipse in hac specie ab opinione ista dissentiat.

Et quãuis talis locatio, iudicis iussu fiat pro executione sentẽtiæ, diuersã non assumit naturam ab ea quæ fit conuentione celebrata cum ipso rei domino; factum, namque, iudicis, factum partis reputatur. l. 1. in fin. C. si in caus. iudicat pign. capt. sit. l. si ob causam. C. de euictionib. vnde, sicut si rei dominus eam pro pluribus annis alicui simpliciter locasset anticipata mercedis solutione, & postea alij vendidisset, colonus, seu inquilinus liberè ab emptore expelli posset, secundùm regul. d. l. emptorem. C. de locat. expelli etiam æquè poterit colonus, seu inquilinus cui iudicis iussu, & authoritate res est locata pretio statim in causam iudicati exoluto; pro quo, proquè eo quod sua interfit, agere poterit contra venditorem, iuxta. l. si merces §. qui fundum ff. locat.

Nec huic sententiæ obstant adducta pro contraria. Ad primũ enim facilis est responsio, nempe, quòd in addictione de qua agimus, non contrahitur emptio & vẽditio, sed potiùs, quando ad decennium non ascendit, simplex locatio & conductio, quæ nullum ius reale præstat, nec dominium mutat, sed qui rei dominus erat, æquè manet l. non solet ff. locat. Vnde, addictionem quidem redituum, seu pensionũ domus factam dicemus,

 non

non venditionis titulo & causa, sed locationis, & conductionis; ita, vt is cui huiuscemodi addictio facta est, simplex colonus maneat, aut inquilinus; adeó vt vi ab alio deiectus, recuperandæ interdictum illi non competat, sed demum iudicis officium pro detentatione sua, eiusquè restitutione, quod colonis cõpetit, per tex. & ibi communiter Scribent. in. l. Aquilius Regulus, in fin. ff. de donat. Gom. l. 45. Taur. num. 12. cum duob. sequentib. Menoch. de recuperand. possess. rem. vltim. num. 21. Valasc. noster consult. 173. num. 2. tom. 2. Quinimò, etsi talem futurorum fructuum seu redituum addictionem, vt emptionẽ consideremus, & appellemus, iuxta terminos. d. l. nec emptio, adhuc opposita inde difficultas non obstat; quia emptio futurorum fructuum conductioni æquiparatur, & à pari procedunt, & iudicantur emptor fructuum futurorum, & conductor eorum, vt notat Imol. per tex. ibi post Guil. ab eo relatum in clem. 1. num. 15. de reb. eccles. non alienand. tradit Alex. cons. 118. in casu num. 11. & sequenti, versicul. Circà secundũ, vol. 5. quem refert, & sequitur Card. Tusch. prácticar. cõclus. iur. conclus. 418. nu. 7. sub liter. L. tom. 5.

Ad secundum respondetur, iudiciale pignus, quod inducitur pignoribus iussu iudicis captis pro executione sententiæ, solummodò cõsiderari posse respectu creditoris, ad cuius requisitionem pignora capiuntur; vnde si res ita capta, postea in publica subhastatione alij addicatur, is ius pignoris in re prætendere nunquam poterit, sed tantùm ius illud, quod addictione ipsa confertur, quæ, si sit de futuris reditibus, seu pensionibus prædij alicuius, nullum aliud ius confert, quâm locationis & cõductionis titulum, vt prædiximus. Atque ita, quod attinet ad extraneos licitatores, quibus tales reditus, & pensiones addicuntur in causam iudicati, facilè tollitur obiectio prædicta de pignore iudiciali, quod respectu illorum considerari nunquam potuit.

Quod verò attinet ad creditorem ipsum, cuius causa, iudicis iussu pignora capi, ac distrahi iubentur, respondendum erit, verè quidem respectu illius, ius pignoris oriri ex rerum captura iussu iudicis facta; cæterùm, tale pignus, ad sententiæ executionẽ ordinatum, & inductum esse, non ad aliud; idcircò, iudicialis huius pignoris vim & effectũ in eo solummodò consistere, vt sententia executioni mandetur: cui cúm satisfactum sit pignore distracto, siue creditori ipsi, siue alij addicatur, sublatum pignus manet; quod non pro securitate addictionis ipsius inductum est, sed demum pro executione sententiæ, quæ venditis pignoribus finita apparet. Quod secus est in re locata, ac pro securitate coloni, seu inquilini eidem oppignerata; hìc enim ad hoc pignus constituitur, vt conductor de contractus implemento securior reddatur; vnde ius & effectus pignoris, ad totũ tempus in contractu expressum porrigitur; idcircòquè re interim distracta, virtus pignoris non extinguitur. Atque ita, sententia hæc, verior apparet, secundùm quam amplianda erit d. l. emptorẽ, vt non solùm procedat in locatione facta partium conuentione, sed etiam in illa quæ fit iudicis authoritate, & captis pignoribus pro executione sententiæ.

24. Ampliatur secundò regula prædicta, vt non tantùm emptor expellere possit conductorem durante locationis tempore, sed & percipere sibi valeat pendentes fructus in re

empta

empta tempore venditionis, tametsi coloni, cui ante venditionem res locata fuerat, sumptibus, & industria nati fuissent; vt contra Bald.d.l.emptorem,num.7.versicul.Sed pone,tradentem,fructus illius anni in quo colonus laborauit, & sumptus fecit, ad eum pertinere debere,pensione conductionis, successori soluta, & alios illum sequentes, & secundùm hanc sententiam iudicatū asserentes, probat Barbos. noster in l. si filiofamil.§. final.num.12. & 30. ff.solut. matrim. Peregrin. de iur. fisc. libr.6. titul. 4. nu. 33. Et est ratio, quia fructus pendentes venditione rei veniunt, & ad emptorem pertinent l. Iulianus.§.si fructibus. ff. de act. empt. quem tex. latè explicat Barbos. in l.diuortio, in princ.2.part. ex num.79. versicul.Et est aduertendum, cum sequentib. ff. solut. matrim. Et hæc quidem conclusio de plano procedit,& inter omnes constat, quando res vendita,non erat locata, sed fructus illius,ad venditorem pertinebant: siue, quia fructus pendentes, pars rei esse censentur,l.fructus pendentes.ff.de rei vendicat.l.final.§.fructus autem.ff.quæ in fraud. creditor. tradit Fabian. de emption. & vendit. quæst. 6. principali, versicul. Circà quintum nu. 22. & explicat Couar.lib.1.variar.cap.15. num. 1. siue, quia res cum fructibus plus valet, quàm illis vacua, d.§.fructus autem.l.in lege Falcidia.9. ff. ad leg.Falcid.vnde venditionis pretium, fructuum etiam respectu constitutū censetur.Quam rationē,vt veriorem, priori reiecta, probat Barbos.post relatos ab eo d. l. diuortio, in princip. 2.part.num.81.

25. Sed & locati fundi fructus pendentes pertinent ad emptorem; etiam quoad colonicam portionem, saluo coloni iure contra venditorem, qui in venditione portionem illius non excepit; vt tradit Ias. in l. cùm filiofamil.num.penult.ff.de leg.prim. post Roman.cons.309. & Socin Iun. ibi,num.74.& sequenti, Barbos. qui alios refert, & hoc infert ex ratione præcedente,d.l. diuortio, in princip. 2 part. num. 82. versicul.Vltimò infertur,sequitur,& iudicatum ita, asserit Vincent. de Franch.decis.334.nu. 1. part.2. Quod secundùm Ias. loco citato in num.sequenti, versicul.Ego crederem,limitatur, vt non procedat sciente emptore, fundum coli per partiarium colonum, vt tunc portio fructuum ad eum spectans nō cedat emptori, quasi non videatur emisse nisi ius quod venditor in re habebat, iuxta l.qui tabernas.ff.de cōtrahend. empt. Quæ Ias. limitatio non placet Socin.Iun. d.l. cùm filiofamil. nu.75. & Ioseph. Ludouic. decis. Perusina 83.num.decim. qui scientiæ, & ignorantiæ distinctionem in hoc non admittunt, probantes, semper & indistinctè colonicam fructuum portionē etiam cum dominicali ad emptorem pertinere; quos sequitur Barbos. d. num.82. versicul. Sed pro vera, & in d.l. si filiofamil.§.final.num.30.versic. Neque hac in re,eod.titul. Vincent. de Franch. d.decis.334.nu.2. vbi aduertit, literam Ias. quatenus, distinctionem prædictam in venditore ponit,corruptam esse; quasi Ias.d.loco, in emptore loqui voluisset, circà quem, distinctionem illius, Doctor. prædicti non probant; quæ multò minus in venditore asserenda esset,in quo,tanquàm de facto proprio ignorantia prædicta tolerabilis non esset, nec verisimilis.

Econtrà verò, colonicam portionem ad emptorem non pertinere, siue ille sciuerit,siue ignorauerit,agrum per colonum coli, probat Peregrin.

 tract.

tract. de iur. fisc. lib. 6. titul. 4. num. 32. & de fideicommiss. articul. 49. num. 98. vbi, apud suos, hoc ius seruari, testatur, & laté comprobat Tessaur. decis. Pedemont. 55. num 4. vbi etiã, de consuetudine ita, testatur, in tota ferè patria illa Sabaudiensi, sententiãque Ias. vltra quám quòd iure fundetur, æquitatẽ habere, asserit. Cui ego quidem assentio, veramquè & æquã existimo. Etenim qui sciens, agrum, non per dominum venditorem, sed per colonum coli, eum emit, non est credendus, fructus pendentes, coloni sumptibus ac labore exortos, & ad illũ ex contractu antea cum domino gesto pertinentes, emere voluisse; aliás enim dolo facere videretur, ex quo commodum reportare nemo debet; & æquitati repugnat, cum alterius iactura, quemquã locupletari. Quo circà, in specie prædicta, non colonica fructuum portio, sed dominicalis tantùm venditione venisse credetur, secundùm Ias. sententiam d. l. cùm filiofamil. num. final. ad fin.

Quam amplio, vt procedat non solùm in colono partiario, sed etiam in simplici, ad quem ex locationis contractu fructus prędij pertinerent constituta domino certa pecuniæ mercede, seu pensione; quia & in illo eadem militat ratio respectu fructuũ omnium, quæ in partiario, respectu portionis ad eum spectantis. Hæc autem intelligenda sunt in fructibus illius anni, opera & sumptibus coloni in prædio natis; idquè tametsi de proximò colligendi non essent, cum venditio celebratur: quanuis horum demum quì breui sunt colligendi, colonicam portionem emptori non cedere, probet Gutierr. Canonicar. lib. 2. c. 8. num. 64. cum Octauian. decis. Pedemont. 82. num. 10. per regul. l. penult. ff. de militar. testament. & ibi in num. sequenti, quòd attinet ad fructus de proximò non colligendos, solùm arctat emptorẽ ad operæ, & sumptus solutionem. Quæ quidem distinctio mihi non placet, vt illa quæ fit inter emptorem scientem, & ignorantem, pro fructibus natis opera, aut sumptibus coloni; cuius ad primum membrum rationem scripsimus.

In secundo autem, nempe, cùm emptor ignorat, fundum coli per colonum, quod in dubio pręsumetur, regul. pręsumitur, de regul. iur. libr. 6. fructus omnes ad illum pertinebunt, quia propter eos venditionis pretiũ creuisse, creditur, iuxta rationem de qua sup. quæ huic casui conuenit, in quo sententiam hanc per argumentum à speciali probat tex in l. final. versicul. Papinianus ff. de iur. fisc. cessat vero prædicta ratio quando emptor sciuit; quia tunc, non videtur, maius pretium dedisse propter fructus, quos ad alium pertinere, sciebat, quosquè sibi vendere, non licere venditori, scire debebat.

26 Dubium verò est in casu quo fructus ad emptorem pertinent, an colonus rem retinere possit, donec sibi de expensis illorum causa factis satisfiat? Et Socin. cons. 15. num. 20. libr. 1. respondit, posse, quem alij sequuntur citati per Caualc. decis. 44. num. 46. Gutierr. d. c. 8. num. 65. Barbos. d. l. si filiofamil. §. final. num. 30. ff solut. matrim. Ego veró contrariũ censeo, motus eadem illa ratione, quã probat idem Barbos. cum relatis ab eo d. l. diuertio, in princip. 2. part. nu. 81. vt fructus pendentes pertineant ad emptorẽ, cuius ratio est secundùm eum, quia emptor maius pretium propter illos dedisse creditur; quæ ratio omnino euincit, eum ad fructuũ expensas non teneri, idcircòquè iure retentionis aduersùs illum, vti non posse

posse colonum, pro expensis quas ille non debet. Nec obstat, iure hoc retentionis aliquando pro expensis posse vti colonum aduersùs locatorē; nam inter eos celebratus est contractus, vnde vtrinque nascitur obligatio, & actio; nimirùm ergo, si & hæc retentionis exceptio inde orta subintelligatur; quæ contra emptorem non competit, contra quem nullum ius ex contractu cum priore domino gesto competit colono, saluo illi manente pro eo quod sua intersit, cōtra locatorem, qui in venditione quam fecit, ius coloni non excepit, vt sup. dictum est.

27 Alia inspectio est circà pensiones, ad quas ex locationis cōtractu tenetur conductor: in qua quæstione communiter distinguitur inter pensiones debitas ex prædio vrbano, quod naturales fructus non fert, & ex prædio rustico, in quo illi nascuntur, vt priore casu, anni pensio diuidatur inter venditorem, & emptorē, ita vt pars pensionis debita pro rata temporis elapsi ante venditionem, pertineat ad venditorem, pars verò temporis excurrentis post venditionem celebratam pertineat ad emptorem: in posteriore verò casu, perceptorum fructuum tempus attendatur, ita vt pensio pertineat ad illum ad quem fructus pertinerent, idcircòquè, si post fructus perceptos vēditio fiat, integra pensio venditori debebitur, si veró fiat ante perceptionem illorum, quia fructus pendentes pertinent ad emptorē, ad eum pertinebit pensio pro illis debita, quādo colono stare velit, aut teneatur. Et hæc quidem resolutio procedit, siue pensio esset iam soluta tempore venditionis, siue post eam celebratam, & post collectos fructus, illius soluendæ dies aduenisset; semper enim perceptorū fructuum tempus est attendendum in prædio rustico; & in vrbano, tempus ante venditionem decursum, & residuum post eam. Quia verò in successorem singularem contra colonam, seu inquilinum non transit actio personalis ad pensionem, vel eam illi cedere cogetur venditor qui locauerat, vel exactam pensionem illi soluere quatenus ad eum pertinet. Et ita resolutionem istam probant Gloss. & Bart. & communiter Scribent. in l. Iulianus. §. si fructibus. ff. de act. empt. secundùm eam intelligentes tex. ibi, Bart. in l. final. §. final. ff. de iur. fisc. communem tradunt, & sequuntur Couar. lib. 1. var. c. 15. num. 3. & 4. Peregrin. d. tract. de iur. fisc. lib. 6. titul. 4. nu. 34. & sequenti. Caroc. de locat. 2. part. titul. de pensione rei venditæ, locatæ, nu. 2. & 3. Gutierr. Canonicar. quæst lib. 1. c. 33. à num. 20. cum sequentib. Barbos. d. l. diuortio in princip. 2. part. num. 92. & 95. vbi differentiæ rationem inter pensionem debitam ex prædio vrbano, & rustico adducit, quam etiam tradidit Couar. d. num. 3. & 4. Gutierr. d. c. 33. num. 26. secundùm quam, differentia magis consistit in facto, quám in iure; nam secundùm ius, pensiones debitę tam ex vrbano, quâm ex rustico prædio, ad eum pertinent ad quē fructus rei pertinent, iuxta tex. in l. defuncta ff de vsufruct. quem vocat insignem Couar. d. num. 3. versic. Sed hoc supposito: quia verô naturales fructus ex prædio rustico certo anni tempore percipiuntur, illud perceptionis tempus attenditur, vt secundùm illud, pensio pro fructibus debita, ad venditorem, aut emptorem pertineat: sed prædij vrbani fructus, quotidie percipiuntur quotidiano ipsius vsu, in quo fructus illius cōsistunt, idcircò pēsio ex illo debita, pro rata diuiditur

inter

inter venditorem, & emptorem, vt ita, secundùm quod fructus decurrentis anni ad vnumquemque pertinent, pertineat & pensio, vt explicant Couar. Gutierr & Barbos. vbi sup. Vincent. de Franch. decis. 79. part.1. post omnes Castill.de vsufruct. in vsufructuario loquens, c.77.nu.25.

28 In eo autem qui à fisco emit, speciale est, vt, etsi post fructus collectos emptio celebretur, sed ante diem pensionis soluendæ, pensio non ad fiscum, sed ad emptorem pertineat, vt tradit Bart per tex.ibi in.l.final. § final.ff.de iur.fisc.vbi, rationem esse, scripsit, quia in emptorem fisci, de necessitate transit ius coloni, id est, qui à fisco emit, tenetur stare colono illius, d.l. final. versicul. Papinianus, tradit Duen. pluribus citatis regul. 240. limit. 8. & quia damnum hoc sentit, pensio à colono debita, cuius dies venit post emptionem factam, illius cõmodo cedit, iuxta reg.l.eum qui.ff.de iureiur. ita Peregrin. d lib.6. titul.4.num.36. Gutierr.d c 33.nu 25. & alij Bartol.intellectum sequentes relati à Barbos. d.2. part. l. diuortio, num.90.qui tamen ab hac sententia, & intellectu dissentit, quo, & alijs explosis.tex.in.d.§.final intelligit cum Cuman d.l.final.nu.1 & Couar.d.lib. 1.c.15.num.5. versicul. Quin & illud, Lasarte de decima venditionis c.15. nu.40.qui intelligunt tex.in.d.§.final. ex eo procedere, quia fundus à fisco venditus duplices fructus ferebat, aridos, scilicet, & liquidos,& locatus fuerat pensione vna pro vtrisque soluenda post perceptionem omniũ; vnde, quia venditio ibi celebrata proponitur post aridos collectos, & ante collectionem liquidorũ, nempe, post messem, ante vindemiam, pensio pertinet ad emptorem: & in hoc specialitas consistit, quòd nõ tantùm pensio debita pro rata fructuum liquidorum, sed etiam pro rata aridorum qui iam tempore venditionis percepti erant, ad emptoré pertinet; specialitatis autem rationem in eo ponunt, quia fisci emptor, colono stare tenetur, respectu percipiendorũ fructuum, idquè priuilegio fisci; ne aliàs colono teneretur, quòd ei frui non licuisset, d l.final.versicul. Papinianus, quam rationem cessare, inquiunt, quando post fructus omnes perceptos venditio celebrata fuisset; cúm tunc in expulsione nullum colono damnũ inferatur, nullũquè vertatur interesse illius, cuius causa aduersùs fiscum experiri possit. Vnde colligit Barbos. d.num. 90. &. 91. quód, si in specie d.§ final.etiam fructus liquidi essent iam percepti tempore venditionis, aut fundus ille solos aridos ferret qui iam percepti proponuntur, pensio post soluenda ad emptorem non pertineret, sed seruaretur regula d l.defuncta, cum communi, de quá sup.

In emptore autem priuati, retento themate d.§ final.dicendum est, pensionem diuidi debere inter venditoré, & emptoré, pro rata fructuũ aridorũ, & liquidorum, iuxta resolutionem traditam per Salyc.in l.fructus col.2. ad fin.C.de act.empt & in.l.Iulianus § si fructibus, num.9.eod titul quem sequitur Peregrin.cum relatis ab eo d.titul.4.num. 35.in fin.Barbos.d.nu. 91. versicul. Constat etiam. Quod procedit secundùm regulam prædictam, ac communem sententiam. Atque hæc quæ in hoc, & prçcedẽtibus articulis acta sunt, pro generalibus contractuum differentijs seu diuisionibus nunc satis sint. Et de quibusdam clausulis quæ omnibus communes sunt sequens sit tractatus.

CLAV-

Clausulæ primæ

SVMMARIA.

1. *Clausula depositaria frequens est apud nos, præsertim in publicis scripturis, non tamen notarij adijcere eam debent, nisi de illa specialiter à contrahentibus rogati. Iure valida est, & praxi recepta; vt odiosa tamen strictè accipienda est, nu. 2.*

3. *Omissa clausula depositi non auditur pars contra contractum, nec ex nullitatis causa, prætextu vsuræ, aut enormissimæ læsionis, nisi cùm scriptura ipsa de nullitate constat.*

4. *Minor, & etiam is qui intra tempus petendæ restitutionis est, omissa depositi clausula, aduersus contractum ex capite restitutionis audiri debet.*

5. *Filius hæres patris contra contractũ à patre gestum quo se in legitima læsum proponit, omissa clausula auditur.*

6. *Clausula depositaria non obstante potest pars in executione sententiæ audiri legitimas aliàs exceptiones proponens. Et additur casus in quo & post executionem finitam audiri potest.*

7. & 8. *Pauper qui non habet in bonis vnde clausulæ depositariæ satisfacere possit, illa non ligatur.*
Incarceratus pro debito ciuili conueniri nequit secundum Bart. sententiam quam secuta est Ord. nostra d. num. 7. in versic. Huic enim.

9. *Si is apud quem ex pacti conuentione deponenda pecunia, aut res est, deterioris postea conditionis efficiatur, ita vt ad reddendum depositum idoneus non existimetur, deponendi pactum non ligabit nisi idonea de reddendo præstita cautione.*
Debitor qui post contractum deterioris conditionis efficitur, quia ad inopiam vergit, vel de fuga suspectus est, siue hoc culpa illius accidisset, siue non, ad satisdandum compelli potest, ibi, in versic. Hac sententia, & versic. Quod sanè.

10. *Agitur de Regio rescripto, super clausulam depositariam lato, quo cõtinetur, ne tabelliones eam apponant nisi de partium consensu eiusdem scripturæ testibus probando.*

11. *Secundùm Regium rescriptum non valet clausula vltra quantitatem receptam ab eo qui se illi summisit, & nihil interest, contractus tempore recepisse, an postea.*

12. *Declaratur idem rescriptum circà validitatem clausulæ ad contractus locationis, & conductionis.*

13. *Probatur, rescriptum, in parte qua iuris correctorium est, etiam in priuatis scripturis locum habere, & in conuentionibus sinè scriptura celebratis, quamuis in publicis solùm loquatur.*

CAP. XIII.

De clausulis ordinarijs contractuum.

Clausula

CLAVSVLA PRIMA.

De clausula depositaria.

1. INter alias clausulas quæ in contractibus scriptura celebratis frequenter à Nostratibus apponuntur, vna est, qua parti contra contractum ipsum, aut obligationem in eo contentam excipiendi præcluditur aditus donec certa pecuniarum summa apud contrahentem alterum deponat. Cuius clausulæ vsus, adeò iam in Regno nostro percrebuit, vt nullus feré celebretur contractus præsertim publico instrumento, in quo illa non reperiatur. Non tamen tabelliones eã pro vsu & consuetudine scripturis suis inserere debent nisi á partibus rogati, vt admonet Cabed. noster decis. 37. num. 1. tom. 1. Est enim clausula ista, præiudicij magni, per quam, non raró eueniet, vt iustæ defēsionis facultas parti auferatur deponere nō valenti; idcircó non debent eam notarij adijcere, nisi specialiter de ea rogentur, nec satis erit à contrahentibus generaliter dici, vt omnes inserant clasulas quibus contractus, & obligationes in eo contentæ, firmiores & securiores existāt; nam clausula prædicta ad validitatem contractus non pertinet, qui, si nullus est, illa nō corroboratur; & magni quidem præiudicij est, vt diximus, vt non, nisi ex speciali in eam partium consensu, scribi debeat; qui semper interuenisse præsumitur siue expressus, siue tacitus in clausulas & renuntiationes in scriptura contentas, vt tradit Couar. lib. 2. variar. c. 4. nu. 4. versic. Quintó.

2. Hanc autem clausulam iure valere, inter omnes constat, quia legitima partiū conuentione sustinetur, quam, iuris regula, seruari, postular: & ita tradunt Barbos. in. l. alia §. elegāter, num. 47. in princip. ff. solut. matrim. vbi ad idem citat Alc. in. l. nemo potest, num. 52. ff. de legat. 1. & Gam. decis. 369. qui in fin. ibi de stylo, & consuetudine testatur, qua clausula hæc recipitur, Aluar. Valasc. qui etiam consuetudine & praxi receptam asserit, quanuis pars contractum, vt vsurarium, aut aliàs reprobrum impugnare contendat; consult. 85 nu. final. tom. 1. Thom. Valasc. allegat. 100 num. 1. Cabed. d. decis. 37. num. 2. Vbi tamen lege lata clausulam hāc relegari debere, censet, quia, etsi per eam protelandæ litis occasio amputetur, vt asserunt Gam. & Valasc. prior, tamen non raró multis pauperibus deponere non valentibus, iustæ defensionis facultatem adimet, vnde in aliquibus casibus clausula prędicta, vt exorbitans, non erit seruanda, & strictè accipienda erit, vt ibid. per eum num. penult. in fin. & casus alios adducit nouissimè Phæbus decision. 12. ex num. 3. fusiùs Mendes à Castr. in praxi Lusitan. lib. 3. cap. 22. § 4. ex num. 35.

3. Ego quidem illis assentior, quatenus clausulam hanc vt odiosam reputant ex ratione prædicta, idcircóquè stricta interpretatione fore accipiendam censent; veruntamen dissentio á Cabed. quatenus, etsi dubitans, sentit contra Valasc. partem, absque depositione conuenta, deberé audiri, læsionem enormissimam allegantem; nam hoc esset, palam d. clausulæ contraire, cuius eludendæ aditus non raró nec difficulter hinc pateret; quare, si clausula, iusta est, & licita, vt Cabed. agnoscit, non ita de facili euertenda est: sed magis cum Valasc. tenendum

tenendum erit, non debere partem ea spreta audiri, tametsi de nullitate contractus agere intendat, siue ex vsuræ causa, aut læsionis enormissimæ, siue ex alia, præterquàm vbi de nullitate contractus ex scriptura ipsa constiterit; quo casu pars audietur omissa clausula, quæ cùm accessoria sit ad contractum, illo non valente irrita manet, & ita, & bene, in hac specie probat Valasc. & iudicatum refert d.cons.85.num. final.in fin. de quo etiam oculatus est testis Cabed. d.decis.37. num.4. & post eos Phæb. dict. decis. 12. num. 7. & sequitur alter Valasc.d.allegat. 100. num. 1. in fin. etsi Mend.á Castr. d. §.4. nu.44. Cabed. secutus teneat, læsionẽ enormissimam allegantem audiri debere, vbi de sententijs Senatus pro hac parte testatur, & ad vsuræ casum idem probat ibid.num.40. &, quod magis est, hoc etiam extendit ad casum enormis læsionis, vt deponendi clausula non obstante audiendus sit ad rescisionem contractus excipiens de remedio l.2.C.de rescindend.vendit. Quia verò, clausulam, dixi, vt odiosam fore habendam, & strictè idcircò accipi debere, præter casum proximè dictum euenire alij possunt, in quibus, illa omissa, pars audietur.

4. Igitur, præter illũ, qui primus est, in quo Nostrates conueniunt, secundus casus erit, si aduersùs contractum, ex capite minoris ætatis, restitutionis auxilio agatur: erit enim pars audienda absque eo quód deponat, cùm restitutionis auxilium quo cõtra contractum nititur, etiam ad deponendi clausulam porrigatur; &, si propter eam, minor, seu constitutus intra tempora restitutionis petendæ, non audiretur nisi depositione facta, sequeretur, restitutionis auxiliũ, quod cõpetit contra principale negotium, non competere contra accessorium; cùm, etsi minor læsum se doceat in contractu, & clausula prędicta, nihilòminus restitutionis auxilio frustratus maneat respectu clausulæ, cui satisfacere cogitur antequàm audiatur. Nec obstat, si dicatur, nec contra principale negotium minorem restitui, nisi constito priùs de læsione. l.verùm. §. sciendum. l.quód si minor. §.nõ semper.ff.de minorib. l.nam posteaquâm §.si minor, ff.de iureiur. Respondetur enim primò, quòd hoc est quod minor intendit, nempe, docere, se læsum fuisse in clausula prædicta, vt aduersus eam restituatur, quod venit in cõsequentiam læsionis cõtractus, vnde ad id admitti debet antequám clausulæ implementum & effectus sequatur, ne aliàs aduersus eam restitutio denegetur, quantumuis læsum se probet. Deinde respõdetur, quòd in ijs quæ natura sua, & apparenter nociuã sunt, nõ requiritur alia læsionis probatio vt minor restituatur, vt putá, si pro alio fideiussit, hoc enim ipso læsus intelligitur, & restitui debet absque probatione alia, tradunt Bald. & alij in l.1.ff. de minorib. Cald. in l. si curatorem, verb. sua facilitate, nu. 2. & latiùs n. 26. cum sequentib. C.de in integr. restit. vbi alia adducit exempla; quibus est addendũ hoc quod dicimus, de clausula depositaria; est enim clausula hęc, natura sua, & apparenter noxia, tam propter impedimentũ quod præstat, ne pars audiatur antequám deponat, quâm propter periculum recuperandæ pecuniæ depositæ post causæ victoriam; & ita circà illam in causa minoris iudicatũ in Senatu fuisse, testatur amicus noster Melchior Phębus eandem secutus sententiam d. decis. 12. nu. 6 & probat amicus item, & studiorũ socius in Salmanticensi Gymnasio Emanuel Mend. à Castr. loco sup. citato num. 49.

5. Tertius casus est, cùm filius

Hh agere

agere intendit aduersùs contractum patris quo se in legitima læsum proponit; nã, etsi hæres patris sit, & clausula prædicta cõtra hæredes transeat, vt tradit Gam. d. decis. 369. vbi iudicatum refert, Thom. Valasc. d. allegat. 100. nu. 1. Mend. d. cap. 22. nu. 31. hoc tamen casu, erit filius hæres patris audiendus clausula omissa, quia si illi tanquàm patris hæres parere teneretur legitimæ sibi debitæ causã agens, eueniret, quòd non paruum nec contemnendum in illa pateretur grauamen, contra l. quoniam in prioribus C. de inoffic. testament. facilèque parentes cõtractibus suis, aut inofficiosis dotibus, filios alios portione debita fraudare possent, adiecta in contractibus clausula denegãdæ audientiæ aduersus eos absque depositione pecuniarum multarum, quarũ depositio, vel magnum filijs afferret incõmodum, vel etiam impossibilis illis esset. Quarè prædictæ clausulæ obstaculo impediri nõ debent, legitimæ sibi debitæ causam agere proponentes. Et ita in causa grauaminis à iudice inferiori qui cõtrarium decreuerat, iudicatum nuper in Senatu fuit; & in filio aduersus inofficiosã dotẽ à patre genero factã probat Mẽd. d. n. 31. ad fin.

6. Quartus est in executione sententiæ, in qua, nõ obstante clausula in instrumento obligationis contenta, oppositis exceptionibus quæ tẽpore executionis secundùm leges opponi possunt, & datis pignoribus in forma legis, vt sententia executioni mandetur, pars audietur. Nec obstabit regula l. aliam, in fin ff. de nouat. secundùm quam, nõ debet fieri deterior cõditio creditoris post causam in iudiciũ deductam; quia tunc iam non agitur ex pristina obligatione, cui clausula deponendi adiecta fuit, sed ex sententia quæ actionem in factũ præstat. Et ita tenet Cabed. & non semel censuisse Senatum, ait d. decis. 37. num. 3. quem refert & sequitur Mend. d. c. 22. n. 48. & consequenter subdit Cabed. quòd ad euadendas has decisiones Senatus, valet clausula, ne in executione quoque sententiæ pars audiatur absque eo quòd deponat. Ego addo, quòd hoc casu, condemnatus, post sentẽtię executionem finitã audiri debebit legitimas aliàs exceptiones allegans, quæ, inquã, executione currente allegari iusté potuissent. Nec obstabit, elapsũ esse tẽpus, intra quod, contra executionem sententiæ, secundùm legem excipi poterat; quod tẽpus, apud nos sex dierũ spatio terminatur á die captorum pignorum, ex Ord. lib. 3. titul. 87. in princ. nam, hoc saltem misero reo & sententia condemnato, qui clausula impeditùs excipere non potuit intra legale tempus, condonandũ erit, vt tanquàm impedito illud non curreret, sed currere incipiat á die executionis peractæ. Ex quo apparet, hoc nos in illo demum intelligere, quem, constiterit, clausulæ parere nõ potuisse pro rei familiaris inopia.

7. Quintus casus subinde infertur in pauperis persona, qui, cùm nõ habeat vnde deponat, excusãdus erit, tanquàm legitimè, seu necessariò impeditus. Et quidem, impedimentum hoc, constat, maius esse illo, quod patitur in carcere detentus; cùm is ad iudicium pro ciuili causa vocatus, etsi per se cõparere, & audiri corã iudice non valeat, per idoneos procuratores facere hoc possit; at verò prædictæ clausulæ vinculo alligatus, nec per se, nec per aliũ audiri in iudicio potest, donec illi satisfaciat; vnde, si eiusmodi persona sit, quam, constet, non habere in bonis vnde illi satisfacere possit, cur propter maius, & vrgentius impedimentum quo laborat, nõ gaudebit beneficio, quod carcerato, non ita arctè impedito, conceditur?

Huic

Huic enim concessum est, vt quandiu in carceribus est, lis noua cum eo pro causa ciuili institui nequeat, & processus cum eo agitatus iudice sciente, nullus est ipso iure, aliàs restitutionis ope ex clausula generali rescindetur, secundùm Bartol. sententiam in l. 2. in fin. ff. de in ius vocand. quam amplexata est Ord. nostra lib. 3. titul 9. §. penult. licèt alij contra teneant, imò quòd carcere detentus, per procuratorem comparere teneatur, si adsit procuratoris copia, quos refert, & sequitur Ias. d. l. 2. nu. decim. Hippolyt. in pract. §. attingam, nu. 20. vbi communem dicit; citantque pro hac sententia Bart. vt sibi contrarium in l. is qui reus, col. vlt. per gloss. final. ibi in fin. ff de publ. iudic. vbi tamen secundùm literam libri mei Bart. hoc non determinat; & vtcunque sit, illius sententiam in d. l. 2. in fin. nos ex iure nostro Regio illam expresse approbante, tenere debemus.

Ex qua ad casum præsentem colligimus argumentum non leue quidẽ; quod & stante cõtraria sententia vrgeret; siquidem, & secundùm eam, carceratus citatus qui procuratoris facultatem non habet, per quẽ comparere, & audiri possit, excusatur, secundùm Paul. in d. l. 2. & alibi, qui hoc casu Bart. ibi sententiam accipit, & Aret. consi. 131. Consultissime Domine, nu. 1. vt per Ias. & Hippolyt. vbi sup. quã quidem facultatem comparendi per procuratorem adimit clausula deponendi, donec illi pareatur; vnde si illi iniuncta appareat, cui, parere, impossibile sit, pro legitimè ac necessariò impedito habendus erit, vt aut cum illo lis non agitetur donec ad pinguiorem deueniat fortunam, aut clausulæ prædictæ obstaculum illi relaxetur, si hoc aduersarius malit.

8. Et hæc quidem sententia facilius procedet, vbi is qui hoc onus clausulæ sibi imposuit, tẽpore contractus habebat, vnde illi satisfacere posset, & postea fortuitis casibus incidit in paupertatem, ita vt cõuentam pecuniã deponere nõ valeat; huic enim fortuiti casus, quibus deponendi facultate caruit, non erunt imputandi, nec deponendi clausula cui se subdidit, illis succedentibus est intelligẽda, tum, quia generale est, vt fortuiti casus, renuntiatione eorũ non interueniente, non veniant in contractibus, l. quæ fortuitis. C. de pignorat. act. tum, quia, si deponendi conuentionẽ, in hoc etiam casu, quo eam implere, impossibile sit promissori, intellectam dicimus, vtique, de re impossibili facta apparebit; ex quo, eam nõ valere, apparebit, l. impossibiliũ. ff. de regul. iur. regul. nemo potest ad impossibile, eod. titul. lib. 6. facit quod dixit Bald. in c. querelam, de iureiur. & Butr. in c. significante, col. 1. de pignorib. quos sequitur Hippolyt. in rubr. de fideiussor. nu. 158. nempe, quód si emphyteuta propter inopiam nõ potest soluere canonem, nõ cadit in cõmissum.

Ex quibus sententiam hanc tenendam censeo, quam æquitas valde cõmendat, vt in dubio amplectenda sit, non solùm in hac specie fortuitorum casuum postea contingentium, sed etiam, cùm promissor, tempore contractus pauper ita erat, vt rebus sic stãtibus deponendi facultate careret; nã si in eodẽ statu permaneat, nõ obstabit illi pactũ, quòminus audiatur, secus si ad pinguiorem deueniat fortunam. Pro quo vltra prædicta, ponderanda est lex Regia nostra lib. 4. titul. 72. quæ pro nullo decernit pactum, quo citatio, ac defensionis facultas renuntiatur; porró, qui paciscitur cum clausula denegandæ sibi audientiæ donec deponat quod deponere

ponere non valet, per indirectum, defensionis iuri sibi competenti renuntiat, ac citationis vim, & effectum tollit; quo, etsi demus, verbis legis non contrairi, mens tamen illius ac ratio sinè dubio læderetur, si in proposito casu tale pactum valeret.

9 Sextus casus est, cùm ille apud quē ex pacti conuentione deponēda pecunia erat, post cōtractum deterioris cōditionis effectus est, ita vt ad reddendū depositū, quando ita decernat iudex, nō reputetur idoneus, vt tēpore contractus erat: hoc enim casu non poterit opponere de pacto deponēdi, contra alterum aduersùs contractum audiri volentem absque eo quòd deponat; cùm, qui penes alium deponere promittit, penes quem, rebus sic stantibus, depositum tutè fieret, non intelligatur, eidem se pacto subiecisse, conditione illius in deterius mutata. Quarè in hac specie pactum de deponendo non ligabit, nisi præstita ab eo, qui depositum prætendit, cautione idonea de illo reddendo, reddi debere, iudice decernente.

Hæc sententia probatur argumēto eius quod tradūt cōmuniter Doctor. in debitore in diē, qui post contractū deterioris conditionis effectus est, quia ad inopiam vergit: is enim pro debiti securitate, quam tempore contractus non promisit, propter mutatam deinceps in deterius conditionē compelli potest ad satisdationem præstandam, vt per Doctor. in l. in omnibus. ff. de iudic. tradit Maranth. de ord. iudic. 6. part. titul. de satisdatione, num. 22. vbi ad hoc citat Alex. in l. si finita. §. eleganter ff. de damn. infect. qui ibi nu. 15. loquitur de suspecto de fuga. Angelum item citat, & Doctor. in d. l. in omnibus, per tex. ibi. Sed nec Angel. ibi loquitur in debitore qui vergit ad inopiam ex quo efficitur deterioris conditionis, sed in eo qui culpa sua incipit esse de fuga suspectus, & secus, inquit, si absque culpa; idem ibi tenet Paul. nu. 2. in fin. Iacobin. de sancto Georg. nu. 4.

Quod sanè verbū ego non probo, nā si de fuga suspectus est, siue culpa sua, siue absque ea in hanc incidisset suspicionem, ad satisdationem præstandam cogendus erit etiam captura personæ, vt clarè sentit Glossa celebris in l. si fideiussor. §. vltim. verb. officiū, ff. qui satisd. cogāt. & passim Doctor. obseruant, qui non distinguunt, an suspicio talis, debitoris culpa euenisset, an absque illa, de quo latè Iacob. Menoch. de arbitrar. lib. 2. cent. 1. casu 87. per tot. Mascard. de probat. conclus. 823. Valasc. noster consult. 66. tom. 1. Gail. lib. 2. obseruat. 44. nu. 5. cum sequentib. Tusch. pract. conclus. tom. 4. cōclus. 704. per tot. sub liter. F. post omnes Phęb. decision. 54. à nu. 2. Nec itē Ord. nostra in hoc distinguit, sed indistinctè & generaliter semper loquitur, lib. 3 tit. 31. §. 2. & lib. 4. tit. 76. in princ. Vnde, si debitor in paupertatem incidat, etsi nō culpa sua, sed casu aliquo superueniente id illi accidisset, satisdare tenebitur; ex hoc enim reputabitur suspectus vt satisdare compellatur, tametsi fugæ, ac fraudandi creditoris animus aliunde non colligatur, vt tradit Maranth. d. titul. de satisdatione, nu. 22. Menoch. d. casu 87. nu. 13. qui hoc totū iudicis arbitrio relinquit, & Caccialup. in tractat. de debitore suspecto & fugitiu. quæst. 1. nu. 11. qui quæst. 6. latè agit de causa superueniente post contractum, vel notitia illius, Valasc. d. cōsult 66. n. 34. & sequēti, probat Ord. nostra d. tit. 31. §. 2. & final. circá quā in antiquis, plura cōfert Valasc. loco proximè citato, pro quo pōdero tex. quā Bart. in d. l. in omnibus, & cōmuniter alij allegant, traden-

tradentes, suspectũ satisdare debere, in l. si creditores. ff. de priuileg. credit. ibi, *si quidem tutorem non facultates, sed fraudulenta in rebus pupillaribus, vel callida conuersatio suspectum commendet, hæredem verò suspectum solæ facultates,* etsi in contrariam sententiam Angel. Paul. & Iacobin. sup. citati tex. istum allegant. Hoc, itaque, argumento, is qui deponendi clausulæ in contractu se subdidit, excusandus ab ea erit propter superuenientem alteri paupertatem qua suspectus reddatur, donec de deposito reddendo idoneè ab illo caueatur, vt prædiximus.

10 Vltimò, post hæc scripta prodijt Regium rescriptũ istius clausulæ modificatiuum, quo continetur, ne illa à tabellionibus adijciatur scripturis quas condunt, nisi de partium consensu præstito coram testibus scripturæ cui adijcitur; & prætereà, quòd pars cui onus clausulæ imponitur, tantundem ab altera recepisset; & in reliquo nullius momenti manet clausula, nec tabelliones apponere eam possunt sub pœnis de quibus ibi. Duo, itaque, rescripto illo præcipiuntur; & primum, quòd tabelliones talẽ clausulam apponere non posint, nisi de partium consensu, secundùm ius commune procedit, & ita de hoc tabelliones admonuerat iam antea Cabed. decis. 37. num. 1. tom. 1. & contrahentium consensus, specialis pro clausula ista adesse debet, vt tradidimus sup. num. 1. nec per alios, quàm per ipsius instrumenti testes probandus est.

11 Secundum iuris regulis obstat, iuxta quas contractus ex cõuentione legem accipiunt, & valet conuentio vtriusque partis consensu firmata, cùm de re illicita non est, de qua clausula ista non est, idcircó eam iure valere, tradidimus sup. num. 2. Cæterũ ex causa Principi placuit, ius illud limitare, ac restringere ad summam receptam à parte quæ se huic clausulæ obstrinxit. Notandum verò est, quòd etsi contractus tempore is qui sibi hoc onus clausulæ imposuit, nihil recepisset, satis est, cum postea recipere, vt tantum deponat, quantum cum lis mouetur, constiterit, eum apud se habere de re alterius, dummodo conuentã clausulæ summam id non excedat; nam intra quod recepit, valet clausula, & non vltra.

12 Iuxta hoc autẽ quod dicimus de receptione post contractum intelligendum est quod in rescripto additum fuit de validitate clausulæ in contractibus locationis & conductionis; nam ex parte locatoris intelligendum hoc est, quando antecipata mercedis solutione recepta á contractu resilire contendit antequàm conductor re frueretur; non enim audiendus erit priusquàm deponat iuxta clausulam cui se summisit; ex parte veró conductoris intelligendum hoc est, quando, postquàm re sibi locata fruitus est, mercedem conuentam soluere recusat; non enim audiendus erit donec depositum fiat iuxta clausulam intra quantitatem eius quod recepit; & tantum ad hunc effectum recepisse, credetur, quantum, pro mercede temporis quo fruitus est, inter partes conuentum est. Atque ita si non dum aliquo recepto alter ex contrahentibus recedere contendat, siue ex capite læsionis quam probare intendat, siue alia de causa, conuenta clausulá ligatus non erit, quòminus id liberè facere posit; quod enim Regium rescriptum ad alios cõtractus expresserat, in locationibus quoque & conductionibus quas statim subdidit, accipiendum æquè est propter identitatis rationem. Et

 videtur

videtur quidem, quód ideo harum conuentionum specialiter meminit ad validitatem clausulæ, ne videretur eam omnino ab illis remouisse quando celebrantur absque antecipata mercedis solutione (quod in his conuentionibus frequentiùs euenit) proptereà quód inspecto contractus tẽpore, nihil recipitur quo sustineri clausula posset, iuxta id quod præmiserat.

13 Dubitari verò potest, quia rescriptum in hac parte cõtra ius commune est, vt diximus, & tantùm loquitur in scripturis publicis per tabellionem confectis, an in priuatis locum habeat, & etiam cùm sinè scriptura partes contrahunt, & qui nihil recipit ex contractu, huic se clausulæ summittit, aut vltra receptam ab eo summam summittit. Et quidẽ, quanuis negatiuam partem astruere videtur communis ac ordinaria iuris regula, secundùm quã, lex correctoria non extenditur vltra casum in quo loquitur, & casus omissus remanet sub dispositione iuris cõmunis; tamẽ, quia clausula ista odiosa est, vt sup. tradidimus, & odia restringi, fauores verò cõuenit ampliari; vt dicit alia iuris regula, de regul. iur. lib. 6. dicendum est, in casu isto, in quo eadem militat ratio, quæ in scripturis publicis, fauorabile rescriptum in illis loquens, ampliari debere.

Secundæ clausulæ

SVMMARIA.

1. *Clausula, quód debitor in persona alicuius citari possit tanquàm procurator illius, ad id cõstitutus, in scripturis priuatis apud nos non valet, nisi inter eos qui propria manu procuratorium mandatum scribere possunt secundùm legem Regiam.*
2. *Clausula prædicta, an valeat in contractu sinè scriptis celebrato; & an procuratorium mandatum sinè scriptis fieri, & probari possit.*
3. *Agitur de prædicta clausula validitate, & de procuratore ad litem cum eo inchoandam, & ad primam causa citationem in persona illius faciendam.*
4. *Probatur, clausulam prædictam morte debitoris re integra extingui, & in hæredes illius non transire.*

CLAVSVLA SECVNDA.

Quód debitor in persona alicuius officialis citari possit.

1. HÆc etiam clausula frequens est, & præcedente durior; quia per illam defensionis facultas scienti tamen impeditur donec deponat, per hanc ignorãti adimitur, dum eum sibi procuratorem constituit, vt in illius persona citetur, cum quo nihil commune habet, & sæpe euenit, vt ignotus & incertus ad hoc nominetur procurator; adijci, namque, solet, vt citatio fiat in persona publici alicuius officialis, aut qui, citationis faciendæ tempore, munere illo fungatur, tanquàm procuratoris ad hoc constituti. Circà quàm clausulam obseruandum primò est, quòd si in priuatis scripturis reperiatur (quód non rarò accidit) apud nos non valebit, nisi persona talis sit, cui per legem Regiam concessum est propter illius qualitatem, propria manu procuratorium

torium mandatum ſcribere; quod alijs negatum extat in Ord lib. 3. titul. 29. in princ. Vnde, ſi in contractibus ſuis priuatim geſtis clauſulam hanc ſcribant, quæ nihil aliud continet, quâm procuratorium mandatum citationis faciendæ cauſâ, non valebit, tanquam ſcriptum ab eo, cui, illud propria manu ſcribere, lege Regia vetitum eſt.

2 Deinde, circà hanc clauſulam, ſeu pactionem citationis faciendæ dubitari poteſt, an ſinè ſcriptis fieri poſsit, vt contractus ipſe, cuius gratia fit? Et, quia acceſſorium naturam ſequitur principalis, regul. acceſſoriũ, de regul. iur lib. 6 videtur, pactionem prædictam probari poſſe teſtibus; ſicut contractus ipſe poteſt, cui illa accedit Quod de iure communi ſecutius procedit, ſtante ſententia Gloſſ. final. in princip. in l. maritus. C. de procuratorib. ſecundùm quam, procuratoris mandatũ etiã ſinè ſcriptura teſtibus probari poteſt, vt notat ex Gloſſ. Bart. ibi prope fin Bald. Salyc. & Fulgoſ. idem tenent Gloſſ & communiter Doctor. in c. 1. extr. eod. Iaſqui, verã & communem opinionẽ eſſe, teſtatur in. l. 1. num. 7. illo titul. Paz in praxi poſt initium, annotat. 4. nu. decim. & ſequenti, vbi tamen, in praxi receptum eſſe teſtatur, procuratoris mandatum, per inſtrumentum probari, & non per teſtes, poſt Gregor. in l. 21. titul. 5. part. 3. Gloſſ. 1. ad med vbi hoc, ſtylo iudiciorum Regni Caſtellæ obſeruari, ait; & vterque, illius Regni legibus ſententiam hanc probat; quæ fuit ſententia Vltramontanor. præſertim Petr. de Bellapertic. quem ſequuntur Fulgoſ. & Paul. in d. l. 1. C. de procurat. Et eandem ſententiam ſinè controuerſia probat praxis, & Ord. noſtra d. lib. 3. titul. 29. in princip. Secundùm quàm, clauſula prædicta probari teſtibus non poterit, ſed inſtrumento, vel publico, vel priuato inter perſonas, quibus id, honoris gratia, legè conceſſum eſt.

Et non obſtat d. regul. acceſſorium; fallit enim ſecundùm Addit ad Dyn. ibi, & Bart. in. l. ita ſtipulatus 12. oppoſit ff de verbor. obligat Dec. in. l. cùm principalis, num. 3 ff. de regul. iur. quando diuerſa eſt ratio in acceſſorio, ac principali, prout in caſu præſenti contingit, in quo prædicta clauſula nihil aliud vehit, quàm procuratorium mandatum ad iudicium conſtitutũ, de cuius natura eſt, ſecundùm Regni ſtylum, ac legem, vt non, niſi ſcriptura, conſtituatur; quod in contractu ipſo, cui talis clauſula adijcitur, regulariter ſecus eſt; idcircò; etſi contractus ſinè ſcriptura celebratus valeat, non valebit clauſula prædicta illi acceſſoria abſque ſcriptura.

3 Ruſus, dubitari poteſt circà eandem clauſulam, an vel in ſcriptis contenta valeat? Et quamuis dubitari de hoc in foro nunquam viderim, ſed clauſulam hanc ſinè controuerſia ſẽper ſeruari, quod & teſtatur Valaſc. noſter conſult. 144 nu. 2. tom. 2. nihil dubitans de clauſulæ iſtius validitate, ex eo quia praxis eam vbique admittit, quæ eſt optima legum interpres; & quia prima cauſæ citatio incipere poteſt à procuratore; de validitate tamen illius ego non parum dubito; quia, etſi poſsit quis procuratorem ſibi conſtituere cum clauſula vt in illius perſona citetur pro noua lite ac cauſa, & citatio prima à perſona procuratoris incipere poſsit, vt notãt Bart. & communiter Scribent. per tex. ibi in l. eum qui res C. de procurator. vbi Iaſ. notab. 1. ait, quòd hæc eſt magis communis concluſio, & pro conſtanti ponunt omnes ibi, vt aſſerit

Valasc. d. num. 2. id quidem quando euenit (quod raró est) certus designatur procurator, ac constituenti familiariter notus, qui citatus causam defendat de ea iam instructus, vel pro instructione, ac defensione illius, constituentem moneat; quod longè secus est in eo qui in conuentione cum altero inita, procuratorem nominat ad libitum illius cum quo contrahit, non familiarem sibi, nec de causa instructum, & sæpe etiam ignotum, & incertum; addi, namque, solet, vt pro contractus implemento debitor statuto tempore citetur in persona officialis talis banchi, quasi procuratoris ad hoc irreuocabiliter constituti; aut in persona officialis, qui tunc temporis munere illo fungatur; & sic ignotus, & incertus designatur procurator, in cuius persona, iudicium, quod á citatione incipit, fundetur: quod certè, si magis legis mens, & finis in quem citatio requiritur pro iudicij validitate, quâm verba illius, inspici debet, perinde est, ac si sinè citatione illud inchoaretur; etenim, nemo ignorat, citationem iure naturæ introductam, vt pars admonita de lite mouenda, comparere, & audiri de iure suo, ac defensione sibi competente posit; porró, quid ad hoc iuuat citatio facta in persona illius, quem, certó constat, de illa nequaquam curaturum, nec debitorem fore admoniturum? Vnde, si non valet pactum per quod citationis ius, ac defensionis facultas tollitur, vt tradit Auiles de iudic. syndicatu c. 3. verb. El descargo, nu. 4. probat Ord. nostra lib. 4. titul. 72. quæ in antiquis erat titul. 4. eod. lib. quam defendit Barbos. noster in. l. alia. §. eleganter, num. 46. ad fin. & sequenti. ff. solut. matrimon. vtique, nec etiam valere debet illud; de quo agitur, quo in effectu tale ius, & facultas aufertur.

4 Si tamen contraria sententia quam praxis seruat, magis arrideat, limitanda erit, vt non procedat in persona hæredum illius qui talem sibi constituit procuratorem; qui si moriatur re integra, id est, antequám citatio virtute pacti fiat in persona ad hoc constituta, fieri postea in illa non poterit; quasi procuratorium mandatum morte mandantis extinctum appareat, iuxta regul. l. mandatum. C. mandat § rectè quoque, versicul. item si adhuc, instit. eod. Nec obstat, talem procuratorem irreuocabiliter constitutum fuisse, ita vt is, qui eum cõstituit, reuocare nequeat; cúm tamen de natura mandati sit, vt re integra posit reuocari ad libitum d. §. rectè quoque; nam voluntate quidem contrahentis reuocari non poterit, inuito altero propter cuius fauorem, procuratorem sibi ita ille ordinauit, vt reuocare nequeat, sic limitata regula prædicta d. §. rectè quoque, ex regul. l. sicut. C. de obligat. & action. At verò morte ipsius, mandatum re integra extinguetur, iuxta naturam illius. Et differentiæ ratio inter hos casus est, quia in priore adest mandantis, seu constituentis voluntas ab initio præstita in contractu, qua se astrinxit, non reuocare procuratorem à se constitutum; quæ voluntas in actu celebrationis cõtractus præsens extunc vim suam ac virtutem porrigit in futurum; idcirco quanuis eam postea reuocet qui eam interposuit, pro nõ reuocata habetur; hæc enim est vis prioris, vt contrariã sequentem abroget; quod in contractibus pro regula est. At verô, quia voluntas morte finitur, nec perdurare ampliùs potest. l. 4. ff. locat. c. si gratiosè. de rescript. lib. 6. voluntas ordinandi procuratorem, ac eum non

reuocandi

reuocandi in contractu interpoſita, durare nequit poſt mortem illius qui eam interpoſuit; quò fit, vt procuratorium mandatum, quod conſtituẽtis voluntate ſuſtinetur, illa extincta, extinguatur; non, quaſi contraria volũtate reuocatum, ſed, quaſi finitum, finita voluntate qua ſuſtinebatur.

Tertiæ clauſulæ

SVMMARIA.

1. & 2. *Communis ſententia probatur, ſecundùm quã partium conuentione cõmitti poteſt cauſa deciſio, & liquidatio iuramento vnius ex eis; & intelligitur l iusiurandum quod ex conuentione. ff de iureiurãd. d. num. 2.*
3. *Si pars cuius iuramento liquidatio cauſa conuentione commiſſa eſt, iniquè decernat, ad arbitrium boni viri res reducenda erit. Et etiam non petente parte contra quam iuratum eſt, poteſt iudex iuſtè taxare, in verſic. Nec tantùm.*
4. *Conuentio quòd ſtetur iuramento partis non adimit ius & facultatem probandi contrarium. Nec valet conuentio talem adimens facultatem, in verſicul. Quod adeò.*
5. *Conuentio quòd ſtetur iuramento vnius ex contrahentibus, reuocari ab altero non poteſt, niſi ex cauſa ſuſpicionis ſuperuenientis antequàm iuretur. Et, qua ſit iuſta ſuſpicionis cauſa, declaratur verſicul. Cui ego.*
6. *Facultas iurandi competens illi cui conuentione commiſſa eſt, ad hæredes illius non tranſit, etſi in contractu eorum mentio fiat.*
7. *Valet conuentio, vt vnius hominis teſtimonio plené credatur dummodó certus aliquis deſignetur, alioqui non valet.*

CLAVSVLA TERTIA.

Quòd pro liquidatione rerum ſuper quibus contrahitur, ſtetur iuramento partis.

1. HAnc quoque clauſulã praxis admittit, nec inconſultó quidem; quia contra bonos mores non eſt, vt iuramento partis vnius de alterius conſenſu cauſæ deciſio committatur. Quod in iudicijs frequens eſt, in quibus, iuramentum litis deciſorium, quodá parte parti defertur, neceſſarió vel eſt ſuſcipiendum, vel delatori referendum. l. manifeſtæ. ff. deiureiur. l. iusiurandum, & ad pecunias. §. ait prętor, eod. titul. præterquàm, ſi recuſandi iuramenti iuſta ſit cauſa, de quo per Bart. ibi nu. 4. vbi varias aſsignat cauſas, & poſt eum alij, Iaſ. ibidem, num. 6. & 7. Et ſententia quidem lata prætextu iuramenti iſtius, quôd Doctor. communiter iudiciale vocant, nec per inſtrumenta de nouo poſtea reperta retractatur, iuxta tex. in. l. admonendi, verſicul. quòd ſi aliás. & ibi Gloſſ. Bart. & communiter Scribent. ff. de iureiur. ſolùm enim quæritur, an iuratum ſit, omiſſa quæſtione, an debeatur. l non erit, verſicul. Dato, eod. titul. Cùm, itaque, contra leges aut bonos mores non ſit, deciſionem cauſæ committi iuramento vnius ex partibus de alterius conſenſu & voluntate, & validè id, ac frequenter in iudicijs fieri conſtet, videtur, conuentionem

uentionem de hoc securè valere, quæ contra leges, aut bonos mores non reperitur esse.l.iuris gentium §.prætor ait, ff. de pact.

2 Secundò & principaliter probat hanc sententiam tex.in.l.iusiurādum quod ex conuentione. ff. de iureiur.vbi Paul.Iurisconsult.de iuramento loquitur, quod ex cōuentione partium alteri ex eis defertur, voluntarium Idcircò vocant Doctor.dequè validitate conuentionis huiusce non dubitant, sed ea pro constanti habita, solùm quæritur, an iuramentum hoc conuentionale referri possit. Quod negatiuè Iurisconsult. ibi decidit; eius tamen verba, Gloss.ibid. & communiter Scribent. secundùm Ias. in princip. sic interpretantur, quasi, Iurisconsult. dicere, voluisset, eum, cui iuramentum hoc ex pacto committitur, si iurare nolit, non tenere referre, sic limitata regula d.l. manifestæ, vt non procedat in iuramento hoc cōuentionali. Alij, quia hæc communis interpretatio verbis non conuenit, ibi, *referri non potest*, magis secundùm literam interpretantur, vt Paul. dixisset, quód si pars, cui ex conuentione iuramentum defertur, iurare nolit, sed illud alteri referre, id illi non liceat.

Iuxta quem sensum, & etiam secundùm priorem, probat ille tex. conuenire posse partes, vt stetur iuramento vnius ex eis, vel etiam dicto simplici; per quem tex. hanc sententiam probant ibi Bart.& communiter Doctor. contra Cyn. in l. si quis in conscribendo.C. de Episcop. & cleric.& Antiquiores alios, pleniùs idem Bart. & alij in l. final. ff. de prætor. stipulat. Specul. in titul. de teste.§. Restat, versicul. Tamen, & alij relati & secuti ab Alex.cons.37. num.31.lib.2. latè Ias. qui quæstionem pro vtraque parte disputat, & contrariæ sententię Authores citat, dict.l. iusiurandum à num.1.cum sequentib. vbi, hanc sententiam, veram & communem esse profitetur, quam limitat ibid.num.6. communem etiam tradit Alc. eandē sinè controuersia secutus in l. 1. §. vltim.num.19. versicul. Et hanc partem tenēdo, ff.de verbor.obligation. & pluribus citatis Plot. de in lit. iurand.§.47.nu.1. qui numer. sequentib. variè limitat, Farinac. loquens in conuentione, vt aduersarij dicto, seu declarationi stetur, de testib. quæst. 63 cap.1.num.21. Couar. lib.2. variar. resolut. cap.13. num. 1. post princip. vbi communem temperat, vt accipienda sit, quoties de re certa agitur, non de illa quæ variam recipit æstimationem, aut secundùm asseuerantis affectionem, cuiusmodi sunt, damna, expensæ, & id quod petentis interest; in his enim, postquám iuratum est, arbitrari index poterit, an vltra modum æstimatio sit, quò ad viri boni arbitrium reduci debeat, vt in specie tradit Afflict. decis. 91. num. decim. & pluribus relatis communem testatur Plot.d.§.47. num 3. Padill.in l.1. num.9 ff. de leg. 2. Gutierr. de iuram.confirm.1 part.c.37.nu.16.

3. Ego verò, tam in his quæ incertæ æstimationis esse dicuntur, quàm, & multò magis, in alijs quæ certam recipiunt, arbitrio boni viri locum fore puto, vt iuxta illud contentio dirimatur, quando constiterit, iuramento partis iniquè decerni; & ita est de mente Scribentium, communem sententiam sic communiter declarantium, secundùm Ias. d.l.iusiurandum, nu 6.quando is qui virtute pacti iurauit, modum excesit, per tex. quem ad hoc allegant, in l.si libertus ita iurauerit, ff. de oper. libertor. tametsi aliqui, damnorum, expensarū, & eius

&eius quod intereſt, in quæſtione hac ſpecialiter meminerint; quod exempli cauſa euenit, quia in his frequentiùs, petentis fidei, ac iuramento committi ſolet probatio, ſeu æſtimatio rerum, conuentione partium. Nec tantùm parte petente contra quam iuratum eſt, ad arbitriũ boni viri recurri poterit, ſed iudex poſtquàm iuratum eſt, ſi iniquè iuratum animaduerterit, taxare poterit, ſecundùm Rayn. in.l.ſi quis in conſcribendo C. de Epiſcop. & cleric. quod æquiſsimum reputat Alex.d. conſ.37. num. 32. ſequitur Iaſ.d. l.ius iurandum,nu.1.& 6.

4 Quibus addendum eſt, partẽ de iniqua alterius aſſeueratione conquæſtam, probationbus in cõtrarium oblatis audiendam ſemper fore; nec illi obſtare conuentionem factam de ſtando aduerſarij iuramento pro rei æſtimatione, quòminus probare contrarium legitimé poſsit, vt tradit Paul. in d.l.final.num. final.ff. de prætorijs ſtipulat. Affiict. d. deciſ.91 num.12. vbi alios allegat Plot. communem tradens d. §. 47. num.2. præfata enim conuentio, partis aſſertioni, ac iuramento ius ac vim plenæ probationis attribuit, & nihil amplius; vnde, ſi contra hanc plenæ probationis ſpeciem quæ ex iuramento partis reſultat, vertute præcedentis conuentionis, plenior altera in contrarium afferatur, hæc illi præferenda erit, quemadmodum ſi duo teſtes ex vna parte adducerentur omni exceptione maiores, quibus plena inducitur probatio, & ex altera tres, aut plures, quibus pluſquàm plena probatio fit, hi illis præferri deberent, iuxta regul. c.in noſtra, extr. de teſtib. Quod adeò verum puto, vt, conuentionem de ſtando omnino partis aſſertioni, ac iuramento, non audito altero probationes contrarias offerre volente, non valere, exiſtimem, propter peierandi periculum, quod talis conuentio ſecum fert, quæ eſt ratio, qua contra communem ſententiam tenent alij; cui quidem ſatisfit moderamine iſto, iuxta quod contraria ſententia eſt tenenda, & communis ex eo limitanda.

5 Secundò limitatur, vt non procedat, quando poſt cõuentionem iuſta ſuſpicionis cauſa ſuperuenit in eo cuius fides, ac iuramẽto commiſſa res fuit, vt quia effectus ſit vnus ribaldus, ſecundùm Iaſ. d. l. iuſiurandum, num. 6. verſicul. Secundó limita, ſic iudicatum fuiſſe, aſſerentem, ac ſe ſæpe conſuluiſſe, ſequitur Plot. dict. §. 47. num.4. quo caſu Iaſ. accipit Bart. ſententiam in d.l.final. num 3. verſic. Quid dicemus, ff. de prætor. ſtipulat. & aliorum generaliter tradentium, quòd, etſi valeat conuentio prædicta, reuocari tamen poterit ab altero ante iuramenti delationem; quæ communis ſententiæ declaratio, ſi vera eſſet, illam ferè deſtrueret; vnde contra Bart. in hoc communiter tenetur, ſecundùm Angel. cõſ.230. incip. Difficultas huius negotij, circá fin. & tex. in l.ſi quis iuſiurandum.C.de iureiur. quo Bart. ſe fundat, contra illum retorquet Iaſ. ſtante communi ad eum intellectu, ſecundùm quem, delatum in iudicio iuramentum, & á colitigatore acceptatum, antequàm ab eo iuretur, poteſt à deferente reuocari, ita tamen ſi reuocandi noua cauſa ſuperueniat, videlicet, quia nouæ ſuperuenerunt probationes, quod allegare ſufficit, vt explicat Salyc. ibi, col.2. Ex quo infert Iaſ. ad iuramenti delationem conuentione ſtatutam, vt reuocari nequeat, extunc enim apparet acceptata, præterquám ex noua recuſationis cauſa.

Cui

Cui ſententiæ ego libens adhæreo; & iuſtam recuſationis cauſam, non ſolùm eam iudico, qua propter aſſumptos malos mores perſona ſuſpecta redditur, ſed etiam, qua propter ſuperuenientem bonorum amiſsionẽ talis efficitur. Nam, etſi paupertatis, nec extremæ quidem obtentu peierare, cuiquam non liceat, nec illa bonis viris offendiculo ſit in ruinam, ſed potiùs patienter ſuſcepta, profit ad diuitias cæleſtes promerẽdas, vt in Viris ſanctis, Tobia, & Iob legimus; tamen Deum precatur Sapiens, ne det ſibi mendicitatem, & diuitias, ſed tantùm victui neceſſaria tribuat, & deprecationis huiuſce rationem ſubnectit, *ne fortè*, inquiens, *ſatiatus illicar ad negandũ, & dicam, Quis eſt Dominus? aut egeſtate compulſus furer, & periurem nomen Dei mei.* Prouerb. 30.

6. Tertiò, communem ſententiam limitat Plot. d. §. 47. num. 7. vt non procedat in perſona hæredis; nam ſi moriatur, antequàm iuret, is cui iurare conuentione commiſſum fuit, hæres illius delationem iuramẽti prætendere ſibi non poterit virtute conuentionis cum defuncto geſtæ. Et quidem, quando in conuentione ipſa ſpecialiter hæredum mentio habita non eſt, indubitanter hoc procedit, quia ad iurandum perſonæ fides cenſetur electa, ac illi perſonaliter in contractu committitur iuramentum. Si veró conuentum ſit, vt & iuramento hæredis res in contractu deducta æſtimetur, dubitari poterit, an in hæredis perſona, de cuius probitate conſtet, æquè vt de defuncto cui ſucceſsit, conuentio ſuſtineatur? Et puto quòd non, licèt contrarium teneat Plot. d. num. 7. quia tempore conuentionis, hęredis perſona certa non eſt, cùm adhuc viuat is cum quo geritur contractus, & incertum ſit, quẽ, quoſue hæredes ſit habiturus, etſi filios, aut certos alios ſibi proponat in hęredes ſcribere, cùm euenire poſsit, vt is illis ſuperuiuat, etſi turbato ordine naturæ id eueniat; quod non raró accidit. Hoc ergo præſuppoſito apparet, conuentionem prędictam in hęredibus non valere, tanquàm incertę perſonę fidei & aſſertioni iuramento commiſſo; quod non valet, propter periurij periculum in incerta perſona conſiderabile, cuiuſmodi eſt hæres inſpecto conuentionis tempore, quanuis poſt mortem defuncti, ac ſuſcipiendi iuramenti tempore certus eſſe appareat.

7. Pro qua ſententia facit, quôd, etſi cõtrahentium pacto effici poſsit, vt vnius hominis teſtimonio plenè credatur, ſecundùm Speculat. titul. de teſte. § Reſtat, 24. fallent. quod vt notabile, menti tenendum monet Roman. in l. admonendi num 58. ff. de iureiur. ſequuntur Butr. & alij in c. veniens, de teſtib. & Nouiores in l. 1. §. vltim ff de verbor. obligat. vbi Iaſ. nu. 8. communem ac veram concluſionem eſſe, teſtatur, & in d. l. iusiurandum, num. 6. in princip. Couar. lib. 2. variar. cap. 13. num. 1. verſicul. Cęterùm, Maſcard. de probat. quęſt. 11. num. 12. vol. 1. & alijs citatis Valaſc. de iur. emphyteut. quæſt. 7. num. 14. alter Valaſc. allegat. 72. num. 96. & ſequenti, tom. 1. & pluribus citatis qui communem dicunt, tradit Farinac. de teſtib. quæſt. 63. cap. 1. num. 19. id tamen procedit, quando certa futuri teſtis perſona à contrahentibus eligitur, & ſuper certo negotio; nam, ſi cõueniant, vt vnius teſtimonio plenè credatur, nullo nuncupato, cõmunis opinio in hoc caſu non obtinebit, propter falſitatis periculũ in incerta perſona magis conſiderabile, vt tenet Angel. in l. pactum inter hęredem, vltim.

vltim. col ff de pact. & poſt relatos ab eo communem ita declarat Couar. d. nu. 1. verſic. Verùm, Farinac. d. quæſt. 63. num. 23. Alc. d. l. 1. §. vltim. num. 23. verſic. Secunda declaratio, tametſi illo contra communem teneat, contrariũ latè defendens ex num. 18. quam, in ſequenti, communem videri, ſcripſit, cum Bart. ibi nu. 2. Communis verò accipienda ſic eſt, vt aduersùs teſtimonium eius cui ſe contrahentes cõmiſerunt, poſsit pars de illo cõquæſta melioribus in contrarium allatis probationibus audiri, non obſtante connentione de ſtando teſtimonio illius, iuxta id quod ſup. tradidimus in conuentiono, vt ſtetur iuramento vnius cõtrahentium, & in propoſita ſpecie tradit Farinac. loco citato, nu. 24.

Quartæ clauſulæ
SVMMARIA.

1. *Tractatur de clauſula cõtractus, quòd priuata ſcriptura ſtetur, vt publica, & circà validitatẽ illius opiniones inuicem contraria referuntur. Reſolutio ponitur nu. 7. & ſeqnentib.*

2. & 3. *Stante opinione, quòd valeat conuentio, vt priuata ſcriptura ſtetur, vt publica, probatur cum Valaſc. non habere locum apud nos ad probationem contractuum, ad quorum probationẽ lex Regia publicũ requirit inſtrumentũ. Partium conuentione effici nõ poteſt, vt probatio per teſtes fiat in caſu, quo lex requirit publicũ inſtrumentũ ad illius probationem d. nu. 3. in fin.*

4. *Idem traditur contra Valaſc. etiam in caſu quo in publico inſtrumento partes conueniant, vt priuata eorum ſcriptura vim habeant publica.*

5. *Stante opinione, quòd ex partium cõuentione priuata ſcriptura plenè probet, traditur contra Valaſc. legem noſtram, qua in publicis inſtrumẽtis, & in priuatis etiã à parte recognitis breuiorem litis curſum ſtatuit, in his etiam locum habere, quæ ex partium conuentione plenam faciunt fidem.*

6. *Apocha, ſeu priuata ſcriptura quam fidem faciat, traditur.*

7. *Conuentio vt priuatis ipſorum contrahentium apochis plenè credatur, nihil operatur regulariter.*

8. *Conuentio vt libro rationũ alterius ex cõtrahẽtibus plenè credatur, valida eſt.*

9. *Cõuentio vt credatur priuatæ alicuius tertij ſcriptura, valida eſt & ſcriptura illa plenè probat contra contrahentes, conſtito, quòd ab illo facta eſt.*

CLAVSVLA QVARTA.

Quòd priuatæ contrahentiũ, vel Alterius, ſcripturæ ſtetur, vt publicæ.

1. HAc etiam clauſula frequẽter vtuntur contrahentes, nõ tamen illa in iudicijs, & Doctorum calculo ita recipitur, vt præcedentes: etenim do hac dubitant, & magis cõmuniter obtinuit, vt fatetur Iaſ. in repet. l. admonendi, num. 200. verſic. Nec prædictis obſtat, ff. de iureiur. eã nõ valere, iuxta ſententiam quã Innoc. aſcribunt in c. cùm P. tabellio, verſic. Non credimus, de fid. inſtrument. vbi ſcripſit, neminẽ pacto ligare ſe poſſe, quòd credatur inſtrumẽtis alicuius priuatæ perſonæ, cũ quo ſimpliciter tranſeunt Roman. d. l. admonendi, nu. 56. & in l. nuda ratio, col. penult. ff de donat. Angel. in l. pactum inter hæredem, prope fin. & ibi Paul. nu. 6 ff. de pact. Rip. d l. admonendi, n. 97. Cuius ſententiæ ratio

principalis est, quia si talis pactio valeret, videretur, posse contrahentes publicum tabellionem creare, quod solius principis est, vt per Innoc. & alios in d. c. cùm P. tabellio; &, ne detur occasio delinquendi. E diuersò verò, contrariam sententiam tenet Bald. in l. de quibus, col. 3. ff de legib. Alex. cum relatis ab eo in l. 1. §. vltim ff. de verbor. obligat. & Alciat. ibi num. 27. cum sequentib. vbi respondet ad argumenta Socin. ibid. contrarium tenentis, latè defendit Ias. in repet. d. l. admonendi, num. 101. cum sequentib. & meliorem videri opinionem, quòd pacto contrahentium effici posit, vt scriptura priuata plenam fidem faciat, asserit Valasc. de iur. emphyt. quæst. 7. num. 14. pro qua adducunt, quód pacto cōtrahentium effici potest, vt vnius testimonio plenè credatur, iuxta communem de qua sup. & quod de schedula priuata à testatore in testamento suo approbata tradit Bart. in l. si ita scripsero. ff. de condition. & demonstrat. & cum eo communis, vt constat ex Clar. in §. testamentum, quæst. 4. versicul. Sed pone, Aliquis, & quæst. 36. versicul. Sed quid, si testator.

2 Hanc verò posteriorem sententiam intelligit Alc. d. l. 1. §. vltim. num. 28. in fin. cum Alex. ibi, vt talis scriptura plenè probet propter partium conuentionem, non tamen valeat vt publicū instrumentum; quod est vtile, inquit, ad statuta concedentia executionem publicis documentis, sequitur Valasc. d. quæst. 7. num. 14. versicul. Fieri tamen non potest, inde inferens ad leges nostras Regias, secundùm quas non admittitur probatio per priuatam scripturam in conuentionibus certam summam excedentibus; & super publicis scripturis accelerati or fit processus.

3 Cæterùm, posita posteriore sententia, dubium redditur id quod ad leges Patrias subdit Valasc. præsertim illam quæ publicum instrumentū requirit ad probandas conuentiones definitam in ipsa lege summam excedentes, quæ est Ord. libr. 3. titul. 59. Si enim priuata scriptura plenam adipiscitur fidem ex partium conuentione, iuxta Bald. & aliorum opinionem, quam ille sequitur d. num. 14. idquè, siue de parua, siue de magna quantitate res gesta proponatur; nec enim in hoc distingunt Doctor. qui hanc sequuntur sententiam: cur dicemus, plenam, ac conuentione partium approbatam rei gestæ probationem á lege repelli, propterea quòd summa contractus talis est quam non, nisi publico instrumento, probari vult? siquidem, illud verum est, publicum instrumentum in hoc casu à lege nostra requiri, non pro validitate contractus, sed pro probatione illius; vt idem Valasc. agnoscit d. quæst. 7. num. 6. vbi ait, quòd ita quotidie in praxi intelligitur; vnde, si plena ac perfecta probatio est, scriptura priuata, propter partium conuentionem, cur dicemus, eam à lege repelli propterea, quòd publicum instrumentum pro plena probatione requirit? Nihilominus tamen cum Valasc. nostro conuenio in hoc, quia, etsi demus, scriptura priuata plenam induci probationem propter partiū conuentionem, non tamen probatio eiusmodi, talis est, qualem pro forma probatoria lex requirit in cōtractibus excedentibus summam in illa declaratam; idcircó talis probatio, quantūuis aliás plena ac perfecta, stante lege Regia non erit admittenda. Sicut in simili videmus, quòd etsi per duos testes plena fiat probatio, hanc tamen nec etiam per plures testes

d. Ord.

d.Ord.admittit. Vnde, nec ex partiũ conuentione, qua aliàs vnius testimonio plenè creditur, iuxta communem de qua ſup.fieri poterit, vt in terminis legis noſtræ, in contractibus, nempe, maioris ſummæ, probatio per teſtes admittatur; etenim probationis ſpeciem quam illa irritat, certam in hoc formam ſtatuens, conuentione ſua introducere illi non poſſunt lege reſiſtente.

4 Quod adeó verum puto, vt, etſi publico inſtrumento confecto conueniant contrahentes, quòd priuatæ eorum ſcripturæ vim habeant publicæ, talis conuentio nihil operetur in terminis d.legis Regiæ, cuius verbis, ac menti (quæ potiſsimùm debet attendi) per relationem hanc non ſatisfit; etſi contrarium in hac ſpecie probet idem Valaſc.d.quæſt.7. num.15. motus Bart. doctrina in l.ſi ita ſcripſero ff.de conditionib.& demonſtr. quæ potiùs facit contra eum in ſcripturis poſtea factis, quatenus Bart. ibi loquitur de ſchedula conſcripta ante teſtamentum quo approbatur, contrarium apertè ſentiens in relatione ac approbatione ſchedulæ futuræ, vt ibid. per eum, maximè prope fin.

5 Alia inueſtigatio eſt circà aliã legem Regiam, qua, nempe; breuior litis curſus ſtatuitur in ijs quæ vigore publici inſtrumenti petuntur; quæ in antiquis erat Ord.lib.3.titul.16.hodie eod.lib.titul.25. Circà quam legem idem determinat Valaſc. quod circá alterã, de qua ſup. cui ſubſcribit alter Valaſc. allegat. 76. num. 66. in fin. tom.1. In quo ego á Viris doctis diſſentio, exiſtimans, quòd vbi ex partiũ conuentione, priuata ſcriptura plenè probat, idem iudicij ordo ſeruari debeat in ea, qui in publico inſtrumẽto, ex d.lege Regia, quæ & in priuatis ſcripturis à parte recognitis eumdem præcipit ordinem dict.titul.25. §. penult. explicat vterque Valaſc. ille conſult. 170. à num. 8. cum ſequentib. tom. 2. & poſt eum alter dict. allegat.76. ex num. 65. Et differentiæ ratio inter hunc caſum, & præcedentem eſt, quia in præcedente, priuata ſcriptura nullam inducit probationem, nec quidem ex partium conuentione, propter legis prohibitionem, certam in eo probationis formam ſtatuens, quam partes cõuentione ſua tranſgredi nequeunt, vt diximus; atque ita partium conuentio nihil operatur in caſu Ord. lib.3. titul.59. quæ probationem per inſtrumentum publicum exigit in contractibus excedentibus quantitatem ibi definitam. At verò, vbi partium conuentio operatur, ſcripturæ priuatæ plenam fidem adhiberi, (quod apud nos exemplificamus in ijs quæ minoris ſunt quantitatis) non video, cur ampliores in illis litium proceſſus ſint ordinãdi, quàm in publicis documentis, & in priuatis etiam á parte recognitis, quorum, eadem eſt cauſa, ex ord. d.titul.25. §. penult. quæ huic ſententiæ non incoloratè fauet, ſtante illa, quam ex Bald.& alijs contra Innoc. ſup. retulimus; qua ſtante, hæc ad leges Patrias ita ſcripſimus.

6 Verùm, vt circà prædictas Doctor. ſententias iudicium meum feram, ſcire priùs oportet, quid nam illi ſentiant, dum quærunt, an contrahentium pacto effici poſsit, quòd ſcripturæ priuatæ plenè credatur. Aut enim ſcripturam priuatam, in quæſtione hac intelligunt, quæ nullo aliàs probationis auxilio munita ſit, ita vt totum in ea partium conuentio operetur; aut, de qua conſtet per legitimas legum pro-

probationes: aut deniquè, quam ſemiplena tantùm probatio adiuuet, vt puta,teſtium recognitio, aut comparatio literarum. Si primo modo intelligunt, indubitatam quæſtionē proponunt: certò enim conſtat, priuatam ſimplicem ſcripturam, quæ, inquam, á ſcribente recognita non eſt, nec aliquo iuris adminiculo vallata appareat, nullam facere probationem, nec ſemiplenam quidem contra eum cuius eſſe dicitur, licèt aliqualem præſumptionem faciat, quia non de facili quis induceretur, vt falſam faceret apocham, eaquè in iudicio vteretur, ſaltem propter pænæ timorem, ſecundùm Bart. in l.admonendi num.25. prope fin.ff.de iureiur. quem ibi ſequuntur Fulgoſ. Paul. Alex. Iaſ. in repet. num. 89. & communiter Scribent.ex Rip.ibi nu. 98.Curt. Iuniore ibid.nu 36. Valaſc. conſ.177. num 1. ad fin.tom.2. Quæ tamen ſententia aliquibus diſplicuit, & de illa dubitat Curt.Iun.& Seniori falſa viſa eſt d.l. admonendi col. 4. verſic.Ego ſolus,ac ſibi non admodū placere,ſcripſit Couar. pract.c.22.nu. 6.in fin. ſentiens cum relatis ab eo, talem ſcripturam omni iuris adminiculo deſtitutam, nec aliqualem inducere præſumptionem, propter tex. in c.2.de fid.inſtrum. vbi de ea Summus Pontif.inquit, alicuius firmitatis robur non habere; quod vltra relatos ab illo tenet etiam Angel.d.l.admonendì num 6.Cùm,itaque,talis ſcriptura,nullius roboris ſit, & ad ſummū, ſecundùm Bart.& communem ſententiam, aliqualē inducat præſumptionem, plenæ probationis robur ac firmitatem à partium conuentione accipere non poteſt;etenim,qui conueniunt, vt priuatis eorum ſcripturis ita credatur, vt publicis, in ijs conueniunt quas ipſi ſcripſerint; porrò, quandiu non apparet, prolatam ſcripturam, illius eſſe,cuius eſſe,aſſeuerat aduerſarius, conuentioni locus non eſt;quæ non de certa hac, ſed de illa fuit quam paciſcens ſcripſiſſet, qui hanc à ſe ſcriptam non fatetur, nec de hoc aliunde conſtat. Atque ita apparet, propoſitam quæſtionem, in caſu iſto dubiam non reddi, & ſinè dubio, in illo procedere Innocent. ſententiam in d.c.cùm P.tabellio,& Sequacium illius: quam ſic in caſu iſto accipit Rip. dict. l. admonendi num. 97.

Si verò Doctor. in quæſtione prædicta priuatam ſcripturam intelligūt ſecundo modo, nempe, de qua aliàs conſtat per legitimas iuris probationes,in vanum laborauerunt (quod credendum non eſt) cùm appareat, conuentionem, vt ſcripturæ priuatæ plenè credatur, nihil operari in illa, quæ, & conuentione ipſa remota, plenā aſſecuta eſt fidem iuris auxilijs quibus eſt ſuffulta, videlicet, confeſſione partis, vel teſtium in illa ſubſcriptorum, quibus plena inducitur apochæ probatio, etſi Bart. in d. l. admonendi, num.25. vltra ſubſcriptorum teſtium recognitionem, ad plenam apochæ probationem, comparationem literarum requirat, in quo communior, ac vera ſententia eſt contra eum, ſecundùm Iaſ.ibid.in repet.d.num. 89. etſi Rip. ibi num. 107. à Bartol. ſententia, quam communiter approbatam dicit, non eſſe diſcedendum aſſeueret; quam etiam magis communem dicit, & ſequitur Valaſc.noſter conſ. 67.num 14.tom.1. & tom.2.conſ.177.num.4

Aut deniquè, tertio modo priuatam ſcripturam intelligunt, id eſt, quando illa ſemiplenè probat, propter teſtium recognitionem,vel comparationem literarum legitimè factā, quibus

quibus semiplena probatio fit secundùm Bart. d.l. admonendi, num. 25. & communem ex Rip. ibi num. 113. Couar. d.c. 22. num. 6. quamuis circà testium recognitionem, dissidium sit inter Doctor. ita vt communes inuicem contrariæ referantur, quia alij recognitionem testium qui scripturæ interfuerunt, ad semiplenam illius probationem requirunt; alij plenam ex hoc oriri asseuerant, vt ex prædictis constat. In hoc autem casu de scriptura semiplenam probationem faciente, superior quæstio, dubia est, an, nempe, in illo partium conuentio plenam operetur probationem.

7 Pro cuius resolutione duo distinguendi sunt casus: vnus est, de conuentione partium, vt scripturis suis plenè credatur; alter, de conuentione pro scripturis à Titio inter eos factis; & rursus primus casus subdiuiditur in conuentione circà apochas, & conuentione circà librũ rationũ: sunt etenim species diuersæ priuatæ scripturæ, de quibus separatim egit Bart. & alij in d.l. admonendi. In primo casu, existimo conuentionem nihil operari in apochis, seu chirographis, Innoc. sententiam in hoc secutus. Et est ratio, quia partes conuenerunt, vt chirographis ab altero ex eis scriptis plené crederetur; vnde, vt conuentioni locus sit, oportet, constare, chirographum de quo quæritur, illius esse, cuius esse dicitur; de quo si legitimè constat, superuacanea conuentio apparet, cùm & illa remota adsit plena probatio chirographi de quo constat; si veró non constat, chirographum eius esse, cuius esse dicitur, prout non constat, quando de illo semiplena tantùm probatio extat, conuentioni locus non est, quæ locum sibi non vendicat nisi in scripturis ab eo factis in quem conuenerunt: porró, in casu proposito, scripturam, de qua semiplena tantùm probatio extat, non constat, ab eo factam in quem conuenerunt.

Nec obstat, ex partium conuentione, certi vnius testimonio plenam fidem adhiberi; & tamen vnus testis non facit plusquàm semiplenam probationem, ex qua, cum partium conuentione, plena efficitur, iuxta communem de qua sup. secundùm quam, idem in casu proposito dicendum videbatur, vt ex scriptura semiplenè probata, iuncta conuentione partiũ, plena induceretur probatio: etenim inter hos casus differentiæ ratio est, quia partium conuentio de stando dicto vnius, certam respicit ac determinat personam cuius fidei se certò commiserunt, & sic de persona illius constat, in quem conuenerunt, vnde conuentio intrat, &, quia contra bonos mores non est, valet, & effectũ suum legitimé operatur. Quod longè secus est in conuentione de stando scripturæ alterius ex eis, quia & si certa sit persona cuius scripturæ stare promiserunt, non tamen certa est scriptura, cui se submiserunt, quia nõ est certum, nec legitimè constat, illius esse, in quem conuenerunt. Denique, non cessat ratio suspicionis ac malignandi occasio in scripturæ falsæ fabricatione, quæ cessat in persona Titij electi, vt illi plenè credatur; qui enim paciscuntur, vt Titio, quem bonum virum reputant, plenè credatur, de Titij persona, in quam conuenerunt, certi semper sunt; at verò, in priuata scriptura, certitudo hæc non reperitur, cúm falsa, pro vera cui se crediderunt, effingi tam facilè possit stante conuentione prædicta, quàm potuisset illa exclusa. Ex quo apparet, quód talis conuentio non

auget fidem futuræ schedulæ, quæ falsitatis vitio æquo manet subiecta; quod secus est in pacto de stando alicuius testimonio, quia certa est persona illius, vt alius pro illo in testimonio ferendo supponi nequeat.

Aduerto tamen, quòd resolutio ista in hoc casu non procedet stante Bart. sententia in d. l. admonendi, num. 25. de qua sup. secundùm quam apocha à testibus recognita in illa subscriptis, vel qui aliàs illi interfuerunt, semiplenã probationem solùm inducit; hìc enim præcedens conuentio operabitur, vt plena inducatur probatio. Et est ratio, quia Bartol. & qui eum sequuntur, non negant, apocham ipsam per recognitionem testium qui illam scribere viderunt, plenè probari illius esse, cuius esse asseuerant; sed hoc quidem planè agnoscunt, inquiunt tamen, semiplenam apochæ probationem induci; quia etsi testes plenè probent, illius esse, contra quem profertur, de quo legitimè testificantur, non tamen ita explicitè testificantur de contentis in illa; quorum, idcircò, semiplena probatio fit, per talem testium recognitionem, secundùm Bart. & Sequaces. Hac ergo stante sententia, cùm legitimè constet, scripturam, illius esse, in quem partes conuenerunt, & tamen pro contentis in ea non adsit plusquàm semiplena probatio, conuentio plenam operabitur; quæ, si magis placeat, contra Bart. tenere, ex prædicta testium recognitione, plenã apochæ, ac contentorum in illa probationem oriri, nihil operari in casu isto, inuenietur, vt prædiximus.

8 Deinde, resolutio hæc limitanda erit, vt non procedat in libro rationum, quæ est altera species priuatæ scripturæ, de qua Bart. d. l. admonendi, ex num. 26. si enim paciscentes conueniant, vt libro rationum alterius ex eis plenè credatur, tam in his quæ pro scribente, quàm quæ contra scribentem scripta apparuerint, valebit conuentio, constito de libro, quòd illius sit cui contrahentes se crediderunt: hìc enim cessat ratio quam assignauimus, vt non credatur ex partium cõuentione chirographo de quo non plenè constat, quia de libro, ac de scriptura illius, cui contrahentes se confiderunt, plenè constat; vnde locus est conuentioni, quã maximè comprobat id quod sup. tradidimus cum Bart. & communi in l. iusiurandum quod ex conuentione ff. de iureiur. & in l. final. ff. de prætor. stipulat. de stando iuramento, aut dicto vnius contrahentium, ex conuentione illorum. Atque ita in hac specie, Bald. sententiam sequor in d. l de quibus, col. 3 ff. de legib. & aliorũ de quibus sup. contra Innoc. in d. c. cùm P. tabellio.

9. Alter casus principalis est de conuentione, quòd stetur scripturis à Titio factis inter contrahentes. Qui casus similis mihi videtur illi, in quo conuentum est de stando Titij testimonio; si enim viuæ illius voci committere se potuerunt, non video, cur non possint scripturæ illius se committere. Atque, ita si constet, scripturam illius esse, vel per illius recognitionem, vel per legitimam, aliàs ac plenam iuris probationem, partes illi stare tenebuntur. Nec hoc est publicum creare tabellionem, quæ erat Innoc. ratio: nam non creditur scripturæ illius, vt scripturæ personæ publicæ, sed vt scripturæ personæ priuatæ, ad hoc à contrahentibus electæ; quod facere potuerunt, sicut facere potuerunt, quòd libro rationum, seu iuramento, aut dicto alterius ex eis plenè crederetur, quod plus est.

Quinta

Quintæ clausulæ

SVMMARIA.

1. *AGitur de clausula renuntiationis fori, & valere traditur; & opponitur de l. si conuenerit. ff. de iurisdict. omn. iud. & gloss. ac cõmunis solutio, & intellectus refertur, secundùm quem, pactum quo quis iudici non proprio se submittit, ante cæptum iudicium, obligatorium non est.*

2. *Iure nostro Regio potest quis iudici non suo se submittere, & proprio renuntiare per publicum instrumentum. Idem vt securius probatur de iure communi contra communem sententiam, & intellectum ad d. l. si conuenerit.*

3. *Bart. intellectus communiter etiam receptus ad l. si conuenerit, refertur, & explicatur.*
Iudex aditus quando dicatur, vt declinari nequeat in terminis d. l. si conuenerit. d. nu. 3. versic. Aditum verò.

4. *Non valet conuentio qua quis promittit respondere coram iudice deputato ad certum genus causarum pro causa diuersa speciei Nec iudex deputatus ad certum genus causarum prorogari potest á litigantibus in causa diuersa speciei.*

5. *Iudex deputatus ad certum genus personarum, videlicet, ad causas scholarium, aut pupillorum, á personis alijs in causis suis prorogari nequit.*

6. *Iurisdictio ordinaria vniuersalis vnius ciuitatis, & territorij, prorogari potest á personis alterius territorij in causis suis.*

7. *Intelligitur tex. in l. 1. C. de iurisdict. omn. iud. Et traditur iurisdictionem iudicis Regalis patrimonij prorogabilem esse; iurisdictionem verò iudicis bonorum Regiæ coronæ non posse prorogari, ibid in fin.*

8. *Communis Bart. doctrina refertur, & differentia inter eum, qui pactus est, vt in quocunque loco conueniri possit. & eum qui promisit, soluere in quocunque loco. Et reijcitur num. 9. & multò magis secundùm leg. Patrias nostras, num. 10.*
Verbum, Respondere, *in instrumento debiti simpliciter prolatum, idem importat, quod verbũ,* soluere, *& verbum,* conuenire, *seu,* stare in iudicio. *d num.* 10.

11. *Secundùm ius Regium Lusitanicum, qui promisit soluere, aut respondere in certo aliquo loco, conueniri potest in eo, & si ibi non inueniatur; qui verò promisit soluere, aut respondere generaliter in quocunque loco, cõueniri nõ potest, nisi vbi fuerit inuentus. Et assignatur differentiæ ratio inter vtrumque casum.*

12. *Notatur, in quibus leg. nostræ Regiæ à receptis traditionibus deuient circà fori renuntiationem, & obligationẽ respondendi coram alio.*

13. *Clericus alterius iudicis ecclesiastici iurisdictioni, omisso proprio, subdere se non potest, nisi de episcopi sui consensu.*
In laicum verò iudicem consentire non potest, nec de episcopi sui consensu, ibi in versicul. Adeò.
Exemptio clericorum à sæculari iurisdictione, diuini iuris est, secundùm communem. d. num. 13. versicul. Esse autem.

14. *Scholaris, an, & quando renuntiare possit priuilegio fori.*

15. *Senatores priuilegio fori renuntiare non possunt, quo datus est illis iudex in causis suis præses curiæ in qua versantur,*

santur; & eo vtuntur etiam in causis captis ante susceptum munus.

16. *Non potest laicus pacisci, vt coram ecclesiastico iudice in casibus ad eum non pertinentibus conueniatur; nec potest iurisdictionem illius prorogare.*

17. *Laicus de principis consensu subdere se potest ecclesiastico iudici; non verò econtrà clericus laico subdere se potest etiam intercedente episcopi sui consensu; & differentiæ ratio duplex assignatur.*

Inferiores domini habentes iurisdictionem in terris suis, non possunt subditis suis consentire, vt coram ecclesiastico iudice conueniantur. d nu. 17. in fin.

18. *Laici absque proprij iudicis consensu litigare possunt coram alio laico; clerici verò sine consensu episcopi sui litigare non possunt coram alio iudice ecclesiastico. Et differentia ratio traditur à Bart. assignata.*

Vasalli qui simul sunt feudatarij, aut aliàs tributarij, inconsultis dominis aliorum iudicum iurisdictionem prorogare non possunt. d. num. 18. secundùm Bart. ibi in versicul. Ex qua. Limitatur nu. 20.

19. *Traditur, inter ius ciuile, & canonicum, differentiam non esse circà iudicum prorogationem, sed circà prorogantium personas differentiam versari.*

20. *Vasallus feudatarius, aut aliàs tributarius super iuribus ad dominum pertinentibus coram alio iudice litigare non potest illo inconsulto; aliàs secus.*

21. *Incola vnius regni, externi regni iudici submittere se potest pacto, aut prorogatione coram illo litigando.*

22. *Vidua, & personæ aliæ quibus commiserationis causa priuilegium fori datum est, renuntiare ei possunt expressa conuentione, aut prorogatione iudicis alterius.*

23. *Institor conueniri potest in loco in quo negotiationis sibi commissæ rationem reddere promisit, etsi ibi non inueniatur.*

24. *Qui promisit, personaliter comparere in loco aliquo ad reddendam susceptæ administrationis rationem, personaliter comparere, compellendus est etiam per personæ capturam. Fallit aliquando ex causa, in versicul. Est tamen.*

CLAVSVLA QVINTA.

De renuntiatione fori.

1. HÆc clausula de renuntiatione fori, tam iure ordinario, quám priuilegij causa competentis, vsitatissima est, adeò vt nullum ferè publicum reperiatur instrumentum, in quo alter alterius debitorem se conscribat, quod renuntiatione hac careat. Eam autem valere, probat l. 1. in fin. ff. si quis in ius vocat. non ier. Et regula iuris sic se habet, secundùm quam, cuique licet renuntiare his, quæ pro se introducta sunt. l. si quis in conscribendo. C. de episcop. & cleric. l. penult. quæ etiam incipit, si quis in conscribendo. C. de pact. vbi gloss. multos casus cumulat, & alij ibid. post eam, in quibus regula prædicta fallit: & vtrobique opponit de l. si conuenerit. ff. de iurisdict. omn. iud. vbi probatur, pactum, quo quis alterius, quàm sui iudicis, iudicio se submittit, inefficax esse, antequám adeatur.

Ad quam difficultatem, gloss. tres solutiones adducit; prima est, vt in d. l. si conuenerit, pactum renuntiationis

tionis fori, sinè scriptura interuenerit, in alijs verô, in scriptura, idcircò valeat in illis. Quam solutionem approbare visa est Ord. nostra lib 3. titul. 6. §. 2. & titul. 11 § 1. vbi non aliàs fori renuntiationem admittit, quàm scriptura publica, vel quæ scripturæ publicæ vim habeat, contentam. Ex quo apparet, quòd non solùm, fori renuntiationem, quæ sinè scriptis fit, non admittit, in quo cum solutione ista conuenit; sed (& in hoc ab illa deuiat) nec in scriptis factã admittit, nisi scriptura, publica sit, vel publicæ vim habeat. Glossa verò prædictam solutionem refellit per l. pactum quod bona fide C. de pact. secundùm quam, pactum sinè scriptura celebratum, ita valet, vt quod in scriptis gestum est. Aliorum solutio fuit, vt d. l. si conuenerit, loquatur in Actore, qui pænitere potest ante litem contestatam, non verò Reus, vt in d l. si quis in conscribendo. Quam item solutionem Glossa vtrobique refellit per regul. l. non debet actori ff. de regul. iur. Quaré tertio loco glossa soluit intelligens d. l. si conuenerit, in pacto per quod iurisdictio tribuitur iudici, qui illam in contrahentes non habebat, à quo quilibet illorum ante susceptum iudicium resilire liberè potest: & d. l. si quis in conscribendo, in pacto de non declinando proprio iudice, qui priuilegij alicuius intuitu declinari poterat: quod communiter in scholari exemplificant; qui tres iudices habet, vnius optione illi data, vt in proœmio ff. orùm, prope fin. & in Auth. habita, prope fin. C. ne filius pro patr. & tamen priuilegio optionis renuntiato, vnius ex eis iudicio astringere se potest. Quam Gloss. solutionem sic declarat, & sequitur Bart in d. l si conuenerit, in princip. & d. l. penult. num. 1. & communiter Doctor. secundùm Dec. ibi num. 17. & in d. l. si conuenerit, num. 28 vtrobique, in versicul. In gloss. final. & nu. sequenti differentiæ rationes expendit; communem etiam intellectum, & concordiam ad has leg. dicunt, & sequuntur plures alij relati & secuti à Ioan. Gutierr. de iurament. cõfirmat. 1. part. c. 28. num. 8.

2 Quæ sanè communis sententia, & intellectus iure nostro non recipitur, secundùm quod potest quis, per publicum instrumentum iudici non suo se submittere, ac proprio renuntiare d. lib. 3. titul 6. §. 2. & titul. 11. §. 1. Nec quidem, iure communi securam arbitror communem sententiã, & interpretationem ad leges prædictas: illa, namque, stante, nimis restringerentur leges quæ approbant pacta de renuntiatione fori, si earum decisio non procederet, præterquàm in casu, quo renuntiatio tendit ad cõseruandam iurisdictionem iudicis ordinario iure competentis, qui tamen priuilegij causâ declinari poterat: quã restrictionem prędictæ leges non patiuntur, præsertim attenta ratione illarum, quæ largiùs scribitur in d. l. penult. versicul. Si enim C. de pact. prætereá, si iudex talis est, cuius iurisdictio tacito litigantium consensu prorogari potest, de quo loquitur tex. in d. l. si conuenerit, vt insinuat ibi, *& priusquàm adiretur mutata voluntas fuerit*; non video, cur, expressus contrahentium consensus eandem vim habere, non debeat, quando pactum hoc de consentiendo in iudicem non suum, nec sit contra leges, nec dolo malo initum; quæ est ratio scripta in d. l. penult. si enim eiusmodi esset. nec quidem tacito consensu possent partes iudice proprio derelicto, alieno se subijcere, quod illis vtique licet, vt in d. l. si côuenerit, l. 1. & 2. ff. de iud l. 1. C. de

de iurisdict.omn.iud. Quarè mea est sententia, quòd fori renuntiatio, tam quod priuilegio, quám quod iure cõpetit, efficaciter teneat, secundùm prædictas leg. ita generaliter intellectas.

3 Nec illis obstat d.l.si conuenerit; ad quam varij assignantur intellectus; nam vltra adductos à Gloss. alios refert Sapia in l.1.num.15.& sequenti ff.de iudic.& Barbos.ibi articul.3.ex num.82. vbi latè de illius tex. intellectu agit; quem num.88. cum Alberic.ibi, Bart.& alijs ab eo citatis, in pacto nudo intelligit, quod secundùm ius ordinarium, iuxta quòd procedit illius tex.decisio, actionem non parit.l. iuris gentium §. igitur nuda ff. de pact. huncquè intellectũ, magis communiter receptum dicit in num.89. communem etiam tradit Orosc.in d.l.si conuenerit, num.1.& 6.quem refert, & sequitur Gutierr. de iurament.d.c.28.num.3 vbi nu.2. verba tex.ibi pro pacto nudo expẽdit secundùm communem Bart. doctrinam de verbo, *conuenire*, in l.lecta, nu. 12.ff.si cert.petat. Cum quo cõmuni intellectu ego conuenio, declarando tamen pro explicatione illius, & concordia d.l. si conuenerit, cum legib.sup.citatis, quód, aliud est, pactum quo contrahentes, in contractu inter eos celebrato, pro complemẽto illius promittunt respondere coram alio iudice, quàm suo; & hoc quidem efficacitet tenet, tanquám pars principalis contractus, & cohærentia illius, vt ex Bald. tradit Paul. d.l. si conuenerit, num.2. Alex. ibi num.5. versicul. Quartò fallit, Barbos. in l. hæres absens §.proinde num.49.ff.de iud. Quo casu planè loquitur & procedit decisio d.d.l.si quis in conscribendo, & Ord.nostra d.lib.3.titul 6. §.2.& titul.11.§.1. Aliud, pactum extra contractum initum, quo aliqui pro causis & controuersijs suis in iudicem non suum conueuiunt, & hoc quidẽ, si simplex, ac nudum est, actionem non producit, iuxta d.l.iuris gentium §.igitur nuda, & idcircò antequàm iudex electus adeatur, eiusmodi conuentioni stare, nullus compellitur, iuxta d.l. si conuenerit, sic intelligendam in casu isto, cui verba illius bene conueniunt, & in illo communem ad eam intellectum, de quo Barbos. d. num. 88. & sequenti, accipio, & probo.

Ex quo infertur, quòd si in casu prędicto, pacto stipulatio subiecta sit, illi partes, etiã antequã iudex adeatur, stare tenebuntur, non tamen vt præcisè coram iudice non suo litigare teneantur, sed ad interesse actio erit, iuxta reg. l. stipulationes non diuiduntur. § Celsus ff de verbor. obligat. secundùm Bart.d.l.si conuenerit, nu. 4.cuius opinionem cõmunem dicit, & sequitur ibi Dec.num.10. Rip.in c. 1.num. 55.de iudic. & alij relati, & secuti à Gutierr. d. c. 28 nu. 4. post eos Barbos. d.l. 1. articul. 3 num. 101. Morl.in empor. iur.1. part.titul.2.in præmiss num.17.etsi Ias. Antiquiores alios secutus in d.l.si conuenerit nu. 28.teneat nec ad interesse in hoc casu ex stipulatione actionem oriri, quod & alij tenuerunt, quos cõfutat Barbos. d.artic. 3. num.102. & sequenti. Ex quo apparet, plus operari aditionem iudicis, cum nudo pacto, quàm pactũ stipulatione vallatum; hoc enim non operatur præcisam prorogationem, illud verò sic, iuxta d.l.si conuenerit, á contrario sensu, iuncto communi prædicto intellectu. Aditum verò iudicem ad hoc intelligunt alij per litis contestationem, alij per partiũ comparitionem coram iudice, quanuis lis non cõtestetur, quod sequitur

Barbos.

Barbos.d.articul.3.nu. 122.circá quod communes inuicem contrarias retulit ibi, nu.63. cum sequenti, &, posteriorem hanc sinè dubio veriorem esse, scripsit.

Stat ergo vera conclusio, posse quemquam regulariter pro implemento contractus proprio foro renuntiare, & alterius iudicis iurisdictioni se astringere. Quæ conclusio fallit primò in iudice deputato ad certum genus causarum; nam si quisquam pro causa diuersæ speciei promittat coram illo respondere, non tenebit conuentio, quam enim iudicis iurisdictionem prorogare nequeunt litigantes corā illo litigando, nec paciscentes possunt, conueniēdo vt coram illo conueniantur; valet enim hac in re argumentum de iudicio ad contractum; porró prorogatio fieri debet in causis eiusdem speciei, cuius est iurisdictio iudicis prorogati, & aliàs non tenet, iuxta Bart. sententiam in l. inter conuenientes ff. ad municipal. quem sequuntur Bald. & alij in l. testamenta omnia, per tex. ibi C.de testament. Abb.in c.P.&.G. num. 14. versicul. Venio ad sextam, de offic. & potest. iud.delegat. vbi, hanc, dicit, esse cōmunem & notabilem conclusionem; quam sequitur Felin. ibi nu.12. Imol. qui etiam de communi testatur num. 86. Alex. Corn. & Ias. num. 3. cum sequentib.in l.si per errorē ff.de iurisdict. omn. iud. Sebastian. Sapia in repet.l.1.num.2.ff.de iud.& est communis, vt vltra Abb.& Imol. in d.c. P.&.G. vbi latè de materia, tradit Ias.d l.si per errorem, num. 7. Morl. in præmiss.d.titul.2.num.118. Tusch. pract.tom.6 concl 927. sub lit.P.nu. 42.& 47. Marta de iurisdict. 4.part. casu 184. num.8. Ex qua inferunt, iurisdictionem iudicis causaram criminalium, in causam ciuilem prorogari non posse, l.solemus §.latrunculator ff.de iud. sicut nec econtrà, quod inter omnes constat, communem dicit Clar.in.§. final. quæst.42. num.2.Tusch.d. conclus. 927. num. 23.& 54. Inferunt prætereà, iudicem deputatum ad causas mercatorū, non posse prorogari in causa diuersæ speciei; & sic in alijs, de quibus per Ias.in d.l.si per errorem, num.3.cum sequentib. Tusch.d.conclus. 927.nu. 55.cum sequentib.

5 Secundùm quam receptam traditionem videtur dicendum, quòd iudices deputati ad causas scholariū, & pupillorum, prorogari non poterunt ab alijs in causis suis, vt in terminis probat Marian. Socin.in c.significasti, num.30. versicul. Tertio quæritur, de for.compet. quem sequitur Felin.d.c. P. & G. num. 12. Vdalric. Zas.d.l.si per errorem, nu.3. versicul. Ita si esset. Cōfirmatur hæc sententia ex communi qua traditur, iurisdictionem delegatam posse prorogari respectu rei, loci, & temporis, non verò respectu personarum, Abb. num 13. & alij in d.c.P.&.G.Sap.in repet.d.l. 1.num. 23. vbi, Gloss. sententiam ibi, tenentis, iurisdictionem delegatam posse prorogari, communem dicit; & declarat, vt non procedat respectu personarum, per tex. in.d. c.P.& G. cum Bart. ibi circà fin. Vbi etiam Paul. num.16. Gloss. sententiam sic limitat. Atque ita apparet, prorogationem respectu personarum, non ita de facili admitti; vt quæ fit alijs respectibus; quod est argumentum pro prædicta sententia, vt iudex deputatus ad certum genus personarum, prorogati non posit à personis alijs in causis suis. Denique facit, quia ratio ob quam prorogatio non admittitur in causis diuersæ speciei, iuxta communem

cõmunem sententiam, æquè militat in causis diuersarum personarum; est enim ratio, quia prorogatio debet esse eiusdem formæ & naturæ, cuius est causa principalis; quæ ratio æquè hìc militat. Quarè sententiam hanc probo; quæ faciliùs procedit, vbi iudex ad certum genus personarum deputatus, ex forma statuti limitatam habeat in eas iurisdictionem, cum clausula vt in alijs intromittere se non possit, vt tradit Marian.d.c.significasti, num. 30.versicul.Tertiò probatur, vbi tamen eandem sententiam probat, etiam statuti clausula non extante.

6 Et non obstat differentia quæ communiter assignatur inter iurisdictionem delegatam, & ordinariam; quòd illa, ad personas alias prorogari nequeat.d.c.P.& G.in fin. hæc veró sic, iuxta tex.in d.l.1. vbi iudex vnius territorij à personis alijs sibi non subditis prorogari potest: respondendum enim est, quòd aliud est iurisdictio ordinaria ad certum genus causarum, seu certum genus personarum limitata, aliud iurisdictio ordinaria vniuersalis in quascunque causas, & personas ciuitatis vnius, & territorij: illa quidẽ prorogationem nõ recipit ad causas alias, vel personas diuersas, quia cùm limitata sit, limitatũ parit effectũ.l.in agris ff. de acquir. rer. domin. & extra causas, & personas sub sua iurisdictione contentas, nulla iurisdictio ad causas, aut personas alias reperitur in iudice, idcircò prorogabilis non est partium cõsensu d.l.1. ff. de iudic.l. priuatorum C. de iurisdict. omn. iud. & de hac intelligitur communis Doctorum traditio in l.testamenta C.de testamẽt.quòd iurisdictio super certo causarũ genere concessa, ad causas alias diuersæ speciei prorogabilis non est, vt alios referens tradit Marta de iurisdict.d. casu 184. num.5. At verò iurisdictio ordinaria vniuersalis, quamuis ad certum locum & territorium illius restricta sit, restricta tamen non est nec limitata ad certum genus personarũ, vnde nihil est quod impediat, prorogationem illius in eodem territorio fieri á personis alijs alieni territorij. Facit, quod tradit Salyc.in l. testamenta omnia num.2.C.de testament. nempe, quòd si iurisdictiones diuisæ sint per ciuitatis portas, seu quarteria, non poterit iudex vnius quarterij, in alio ius dicere de consensu partium, poterit verò in suo prorogari per personas alterius quarterij; & sic Bald.ibi sententiam limitat, & declarat, sequitur Ias.d.l.si per errorem n.7. Pro qua denique differẽtia facit, quòd vniuersitas faciliùs recipit incrementum, quàm singularitas, vt in l.final.ff.de fund. instruct.l.grego legato ff.de leg.1. quod pro ratione differentiæ inter iurisdictionem delegatam, & ordinariam vniuersalem, vltra alias, contra Angel. ibi considerat Paul. d. l.1. num.16. in fin.

7 Denique, non obstat tex.qui negari non potest, quòd pro contraria opinione multùm vrgeat, in l.1. C.de iurisdict.omn.iud.vbi, procurator Cæsaris, de quo ibi dicitur, quòd inter certas personas iudicandi potestatẽ habet, priuatorũ lite prorogari potuit; nec hoc, speciale in illo est, sed & in alijs similibus iudicibus æquè procedit, vt ibid. in versicul. final. Respondetur enim, procuratorem quidem Cæsaris iudicandi potestatẽ habere inter certas personas; sed hãc potestatem illi datam non esse propter personas inter quas iudicat, sed propter causas de quibus iudicat; quãdo enim eiusmodi sunt quæ fiscum, seu Cæsaris patrimoniũ quouis modo tangunt,

tangunt, etsi principaliter inter priuatos controuertantur, iudicandi potestatem habet inter eos; & sic quod ibi dicitur de iudicandi potestate inter certas personas, accipiendum est de personis propter causas. Atque ita apparet, iurisdictionem quam habet Cæsaris procurator, non esse restrictam ad certum genus personarum, cuiusmodi est illa, quam habent iudices scholarium, pupillorum, & alij huiuscemodi, qui habent iudicandi potestatem inter certas personas, non propter causas, sed propter personas principaliter, & priuilegio earum; idcircòquè iurisdictio talis, tanquàm ad certum genus personarum deputata, prorogabilis non est ad alias, ex ratione, quam diximus, quæ cessat in procuratore Cæsaris, cuius iurisdictio non est indulta propter personas, sed propter causas principaliter, idcircò prorogabilis est, vt in dict. l. 1. quam sic intelligendam puto.

Dicet aliquis, & forsan omnes prima fronte, *Incidit in scyllam, cupiens vitare charybdin*: si enim iurisdictio procuratoris Cæsaris data est propter causas ad fiscum, seu patrimonium Cæsaris quoquo modo spectantes, videtur, quòd sit iurisdictio ad certum genus causarum data, quæ ex hoc multò minus prorogabilis est, iuxta communem Legistarum, & Canonistarum sententiam, de qua sup. Sed hæc obiectio, quæ in promptu est contra prædictum intellectum ad dict. l. 1. refellectur, animaduertendo, quód illa dicitur iurisdictio ad certũ genus causarum deputata, quæ data est in causas certæ alicuius speciei, puta, in causas mercantiæ, aut gabellarum, cuiusmodi etiam apud nos est iurisdictio iudicis Indici commercij; istorum enim iudicum iurisdictio versatur circà causas speciei certæ, ac determinatæ; & ideo prorogabilis non est ad causas alterius generis, iuxta communem sententiam. At verò iurisdictio procuratoris Cæsaris non sic se habet; nec enim ad certæ alicuius speciei causas est deputata, sed ad omnes omnigenas dummodò fiscum tangant, siue ex hoc, siue ex illo fonte prodeant, id est, siue ex testamento, siue ex contractu, aut quasi contractu, & siue ex delicto, aut quasi delicto proficiscantur; & denique, de quacunque re, quæ quocunque modo spectet ad fiscum, illius notio est. Atque ita apparet, quòd iurisdictio illius, nec est restricta ad certum genus personarum, nec ad certum ac determinatum genus causarum; idcircó prorogari potuit ex consensu litigãtium, vt in iudicibus alijs traditum extat, in d. l. 1.

Quod erit obseruandum ad iudices Regalis patrimonij, qui sunt apud nos, & aliquando cognoscunt inter priuatos, vt in Ordinat. libr. 1. titul. 10. poterit enim iurisdictio illorum prorogari ad causas alias ex consensu litigantium, circà hoc non errantium, tametsi ad Regale patrimonium nullatenus spectent, iuxta dict. l. 1. cum supra dicta ad eam interpretatione. Quod in iudicibus bonorum Regiæ coronæ secus est; illorum, namque, notio circà certum genus causarum versatur, nempe, circà causas bonorum Regiæ coronæ, quæ certæ sunt, & limitatæ, idcircò prorogari nequit, iuxta communem.

8 Secundò principaliter limitatur ſuperior concluſio, vt non procedat in obligatione generaliter emiſſa qua quis promittit reſpondere coram quocunque iudice,& vbicunque petitum fuerit; hęc enim promiſsio non ita efficax eſt, vt cùm debitor promittit coram certo aliquo iudice,vel iudicibus locorum aliquorum ſpecialiter nominatorum reſpondere; quo caſu, etſi non inueniatur in loco nominato,poterit ibi conueniri citatus per literas requiſitorias iudicis illius; at verò in generali iudicum prorogatione, non ita conueniri poterit, vbicunque placuerit Actori. Et Bart. quidem in l.ſi conuenerit, num.4.ff. de iuriſd. omn.iud. diſtinguit inter eum qui pactus eſt,vt in quocunque loco conueniri poſsit, & eum qui in quocunque loco ſoluere promiſit; primo caſu, inquit,quòd ſi eſt pactum nudum, nullam inducit obligationem; &, ſi interceſsit ſtipulatio, nec tunc debitor reſpondere compelletur coram iudice non ſuo, ſed id recuſans tenebitur ad pœnam, vel intereſſe.In ſecundo caſu,inquit, quòd ſi promiſit ſoluere vbicunque Actori placuerit, hæc pactio nihil operatur, quia verbum, *placuerit*, pro boni viri arbitrio accipitur,& bonus vir non arbitrabitur, quemquam extra domicilium ſuum conueniri debere;ſi verò promiſit,ſoluere in quocunque loco fuerit inuentus, tunc conueniri poterit in loco in quo fuerit inuentus, quia ibi contraxiſſe videtur, l. contraxiſſe ff.de obligat.& act.l. Titium, & Mæuium.§.tutores, qui hanc ſententiam in hoc vltimo caſu probat, ff.de adminiſtr.tutor.vbi notat Bart.Et eandem doctrinam, ac differentiam tradit inter promiſsionē de conueniendo, &, de ſoluendo; idem tenuit Bart. in l. 3. §. ſi quis ita, in 1. ad fin.ff.de eo quod cert.loc. & in l penult.num.2 C.de pact.

Et in ſuo dicto principali,quatenus differentiam conſtituit inter promiſſionem vt in quocunque loco conueniatur,& promiſsionem de ſoluēdo in quocunque loco vbi petitum fuerit,Bart.ſequuntur ferè omnes in d.l.ſi conuenerit, & in d.l.penult.vbi Paul. num.6.communem dixit, communē etiam dixit ibi Dec.num.21.& ſequēti,Fulgoſ.in l ſi quis in conſcribendo, in fin.C. de epiſcop & cleric.de quo etiam per Dec.& Alios in c.1.extr.de iud. Et differentiæ ratio eſt, quia in promiſsione vt in quocunque loco conueniatur, pænitentiæ locus eſt ante litem conteſtatam, ſicuti quando locus certus deſignatur,iuxta d.l. ſi conuenerit,cum communi ad eam interpretatione, cuius ſup.meminimus: at verò qui promiſit ſoluere in quocunque loco, ibi contraxiſſe videtur,vbi ſolutionem deſtinauit, d.l. contraxiſſe;& idcircò ratione contractus ſortitur forum, vt in loco illius conueniri poſsit,l.hęres abſens.§.proinde,& §.apud Labeonem ff.de iudic. quod communiter intelligitur, ſi ibi inueniatur, iuxta.c. Romana §. contrahentes de for. competent. lib.6. De quo ſup.egimus,cùm de ijs in quibus contractus omnes communiter conueniunt, ageremus, ſub conuenientia ſeptima.

9 Cæterùm, vt ad Bart.ac communem doctrinam, & differentiam inter conuentionem hoc,aut illo modo conceptam reuertamur,cùm ſup. non ita ſimpliciter probauerimus communem ſententiam & intellectū ad d.l.ſi conuenerit,vnde diſtinctionis prædictæ ratio pendet ſecundùm Doctor. eam ſectantes,nec illā modò probare poſſumus.Pręſertim,quòd ſi magis,quā verba, contrahentiū mens & volūtas attēdi debet,qui promittit, cōueniri poſſe in quocūq; loco petitū fuerit,

fuerit, in quocunque loco soluere promittit, ad hoc enim conuenitur, vt soluat, & conuentionis iudicialis effectus, debiti solutio est; ad quem finem respiciunt contrahentes dum conueniendi verbo vtuntur; atque ita, qui paciscitur, vt pro debito conueniri posit, debitum effectiuè soluere promittit, siuo sponte, siue iudicis iussu compulsus; proinde non videtur probanda distinctio inter hæc, *Promitto, conueniri posse, in quocunque loco, &, Promitto, soluere in quocunque loco petitum fuerit*. Qua ratione contra communem sentit Fulgos. d.l. si quis in conscribendo prope fin. & sic, testatur Paul d.l. penult. nu. 6. se vidisse seruari in Curia Romana, & quòd de practica illa mirabatur, quia esset cõtra cõmunem Doctorũ sententiam.

10. Apud nos quidem idem seruatur, & legem Regiam habemus, secundúm quam nulla differentia est, an quis promittat, in loco respondere, an soluere, vt est Ord. lib. 3. titul. 6. §. 2 & 3. & titul. 11. §. 1. quæ leges in hoc consonant cum d c. dilecti, & originẽ ducunt ab eo, & secundúm eas opinio hæc, & practica contra communem differentiam procedit, & idem importat verbum, *respondere*, in instrumento debiti simpliciter prolatum, quod, verbum, *soluere*; etsi Bald contra teneat, in l. 3. C. de procurat. & in l. eam quam, col. 2. C. de fideicommiss. quem sequitur Paul. d.l. si cõuenerit, num. 5. & omnes in d. c. 1. de iudic. vt testatur Felin ibi num. 7. versic. Tertiò declara.

Quod verò in legibus nostris dicitur, quando contrahentes vtuntur verbo, *respondere*, æquè obtinet, & practicatur in verbo, *conuenire*; atque ita nulla differentia est, an quis promittat, conueniri posse, seu stare in iudicio, an, respondere, aut soluere,

11. Sola verò in legibus nostris differentia est, an quis promittat in locum certum, an generaliter in quemcunque; primo casu poterit cõueniri debitor in loco designato, etsi non inueniatur in eo: in secundo, cõueniri poterit vbi fuerit inuentus. Quam differentiam probat Ord. d. tit. 6. §. 2. & 3. tradit Barbos. in l. hæres absens §. 1. num. 136. ff de iudic. vbi & numer. sequentib. & præcedentib. de materia ad ius Regium latè per eum. Rationem cuius esse, arbitror, quia in primo certa est contrahentium volũtas, vt in loco destinato agitari iudicium posit; at veró si, qui promisit in quocunque loco respondere, in quocunque conueniri posset non inuentus in illo, magna inde malitiæ oriretur occasio, cúm posset pars altera ad libitum, cum pro conueniendo aduersario locum eligere, in quem, sciret, illi aditum facilè non fore per se, aut per alium, vt defensionibus sibi competentibus vti posit. Cui malignandi occasioni vt obuiaretur, & vt defensionis facultas, per indirectum, & inconsultò non auferretur, prouisum consultò fuit, vt, qui generaliter se astrinxit, in quocunque loco, & coram quocunque iudice respõdere, suo renuntiato, non aliàs coram alio conueniri posit, quàm si ibi inueniatur. Sed & hoc limitationem recipit, vt non intelligatur in eo qui transiens reperitur, aut qui fortuito casu venit ad locum, puta, nauigando, vel pestis tempore, vt tradit Ias. d.l. si cõuenerit, n. 43 Felin. d. c. 1. n. 7. in princ.

12. In multis, itaque, leges nostræ deuiant à receptis traditionibus circà præsentem materiam, vt ex prædictis constat; primò quia qui se alieno iudici astrinxit, corã illo tenetur respõdere, nec penitentiæ locus est; quod etiã de iure cõmuni defendimus sup.

contra communem in d. l.si conuenerit. Secundò,quia qui respondere, seu soluere promisit in certo aliquo loco, conueniri potest in illo etsi ibi non inueniatur.In quo à iure cõmuni leges nostræ deuiant, vt obseruat Barbos.in l.hæres absens.§.1. num. 53. & 58 ff de iud. Tertiò, quia secundùm ius nostrum differentia non est, an quis per hæc verba se astringat, *Promitto respondere*, seu, *conueniri posse*, an per hæc, *Promitto soluere*; inter quæ communis cum Bart. differentiam statuit; sed differentia apud nos stat in eo, an in certum & destinatum locum se astringat, an in quemcunque generaliter; quia primo casu conueniri potest in loco designato etsi ibi non inueniatur, iuxta Ord. d. libr.3. titul.6.§.2. & titul. 11. § 1. in secundo verò, coram iudice non suo non aliâs conueniri poterit quàm inuentus in loco illo.Ord.d.titul.6.§.3. ex ratione de qua sup Quartò & vltimò deuiat ius nostrum Regium á communi, quia secundùm commune, in loco destinatæ solutionis sortitur quis forum, si in illo inueniatur; at veró secundùm ius Regium, etsi non inueniatur in loco in quo soluere promisit, conueniri poterit in eo, iuxta Ord.d. titul.6 § 2. & titul.11.§.1. Quæ leges hoc ita statuunt in casu,quo contractus instrumento publico, seu quod publici vim habeat, gestus fuit; nec circà hoc quicquam disponunt in casu quo contractus priuata scriptura, vel sinè scriptis celebratur; ideoquè casus hic tanquàm omissus, sub dispositione iuris communis manere debet,ex regul.l. commodissimè ff.de liber.& posthum.l. si cùm dotem ff. solut.matrim. vbi Barbos.nu. 50.multos citat exornantes hanc regulam, Gabr.titul. de regul.iur. conclus. decim.Simon de Præt.de interpret.vltim. volunt. lib. 2. interpret 3.dub.1. solut. 3. num. 123. Menoch.de præsumpt.lib.4.præsumpt.34. Quod pro patriarum legum interpretatione erit obseruandum.

13 Tertiò principaliter fallit superior conclusio in clerico, qui ecclesiastici alterius iudicis iurisdictioni, omisso proprio, subdere se nequit nisi de episcopi sui consensu, vt probat tex in c.Romana,de for. competent.lib.sext.& in c.significasti, extr. eod titul & ibi Glossa, & alij, Gloss 1. in l.1.ff.de iud.& Barbos.ibi d.art.3 ex num.179.cum multis sequentib. vbi latè prosequitur, Mart. de iurisdiction.2.part.c.6. num. 46. vbi limitat cum citatis ab eo in num.sequenti, vt non procedat in prorogatione quæ contingit ratione cõtractus celebrati in alio loco; poterit enim clericus pro complemento coràm iudice ecclesiastico loci illius conueniri. In laicum veró iudicem consentire, multò minus potest, nec fori priuilegio renuntiare c. si diligenti, vbi Doctor.eod.titul.communem tradit Clar.in §. final.quæst.36. nu.4.Mart. d.c.6.à nu.37.cum sequentib.Tusch. practic.tom.5.conclus.8.sub lit.L.nu. 3.vbi ampliat in num.sequentib.Thõ. Valasc.allegat.24. num.1.

Adeó, vt nec de episcopi sui consensu hoc facere possit,vt tenet gloss. final.in d. c.significasti, versicul.Sed nunquid potest, quam sequitur ibi Abb.num.final.Imol.in c.P.& G.nu. 71. de offic. delegat. & alijs citatis Mart.d.c.6.á num. 40. vbi ampliat, Barbos. d. art.3.num. 173.& ibi num. 176.ampliat, vt procedat etiam in his quæ pertinent ad voluntariam iurisdictionem; quod cum alijs ab eo citatis tradit Mart. d.tract. de iurisdict. 4.part.casu 79.num.5& sequẽti.Quæ quidem fallentia in hoc secũdo casu,

optima,

optima, ac facili ratione procedit, quam exprimit tex.in d.c.si deligenti ibi, *cùm non sit beneficium hoc,personale, cui renuntiari valeat, sed potiùs toti collegio ecclesiastico sit publicè inductum.* Quam rationē explicat Abb.& eius occasione tractat ibi ex num.7. post Gloss.ibidem, quando quis iuri sibi competenti renūtiare valeat; de quo per Bart.& alios in d.l. penult.C.de pact. & in.l.ius publicum, & l.pactum inter hæredem ff.eod. fusè Vital. tract. de clausul. rubric. quibus iuribus renuntiari possit, ad clausulam, *Renuntiauit omnibus bonis, &cat.* nouissimè Mart. eod. tractat. 1.part. clausul. 126. per tot. Esse autem hanc clericorum exemptionem á iurisdictione sæculari, de iure diuino, probat communis sententia, quam latè prosequitur Mart. dict. capit. 6 per tot. & pluribus citatis tradit Cenced. in collectan. ad ius canonic. 1. part. collectan. 37. num. 1. cui tamen contraria opinio visa est verior, ex eo quia plures sunt casus in quibus clericus etiam in sacris constitutus, aliquando ciuiliter, aliquando criminaliter conuenitur coram iudice sæculari, de quibus per eum ibi in muner. sequentib. & Zeuall. comm. 4. tom. quæst. 1. à numer. 602. cum sequentib.

14 Ex prædicta autem ratione infertur, non posse scholarem priuilegio fori renuntiare; etenim scholarium causis certus iudex deputatur, (quem nos conseruatorem appellamus) & hoc, non personale cuiusque, sed ipsius academiæ, seu vniuersitatis priuilegium est, & propter publicum fauorem indultum, ne ad alia vocati iudicia extra ciuitatem in qua studij causa versantur, á studijs distrahantur; quorum causa publica est, & publicā vtilitatem concernit, secundùm Bart. in l.1.in fin.& alios ff. solut. matrim. vbi latè Barbos.7 part.à nu. 23.cum sequentib. de quo scripsi in cōmentar. meis l.1.C. de sacrosanct. eccles. 3.part.§.6. Et nō obstat sententia gloss. in d.l.si conuenerit ff.de iurisd.omn. iud.quam Bart.ibi sequitur num.1.& communis, tenens, scholarem priuilegio fori renuntiare posse, & pacisci, vt corā iudice ordinario suo conueniatur, sequitur Barb.cōmunem testatus in d.l.1.ff. de iudic. art. 4. nu. 54. etenim, sentētia hæc intelligenda est, quando iudex alius, cuius iurisdictioni scholaris se subijcit, est iudex loci, in quo ille studij causa commoratur: istius enim iurisdictionem prorogare pacto suo, scholaris poterit, omisso illo qui priuilegij causa competebat, quia constitutione alterius nullum in studijs patitur detrimentum. Qua ratione, siue iudex eiusdem loci, sit aliâs competens scholaris vel ratione contractus in eo loco gesti, vel ratione domicilij, siue nō sit competens iure ordinario, eius tamen iurisdictioni subijcere se poterit, priuilegio fori nuntio misso; & in vtroque casu accipienda est gloss.Bart.& communis sententia in d.l. si conuenerit, pro qua sic intellecta facit tex. in Auth. habita, prope fin. C. ne filius pro patr.ibi, *huius rei optione data scholaribus, eos coram domino, vel magistro suo, vel ipsius ciuitatis episcopo, quibus hanc iurisdictionem dedimus, conueniat*; ponderanda sunt verba illa, *ipsius ciuitatis.* E contrariò verò, si iudicem aliás sibi iure competentem habeat scholaris in ciuitate alia, non valebit pactum, vt coram illo conueniatur priuilegio fori renuntiato, ex ratione de qua sup. quæ hìc militat. Quod pro fallentia quarta ad superiorem regulam, ac conclusionem notandum est.

15 Quintò fallit in senatoribus, quibus praeses curiae, in qua versantur, pro iudice datus est in causis suis: cuius priuilegij renuntiatio non obstet, quò magis coram iudicibus alijs extra curiam respondere cogantur; vertitur enim in eo fauor publicus administrandae iustitiae, cui pro munere incumbunt. Qua ratione, priuilegium hoc porrigi ad lites etiam captas ante susceptum munus, tradit, & sic iudicatum fuisse, testatur Cabed decis. 25. num. 9. & sequenti, tom. 1. Et fallentia ista ex praecedente corroboratur, quando & ratio hìc non minor est, quàm ibi, nec diuersa ab illa quam pro priuilegio scholariũ attulimus, & senatorium priuilegium maius est illo, iuxta Ord. lib. 2. titul. 59 §. 13. in fin. vbi, de senatorum priuilegio, eiusquè excellentia inter alia loquens, pro ratione subdit, *por serem á nos mais chegadós, &c. erem mais trabalhadem nosso seruiço.* Qui sanè labor, cúm in administranda iustitia sit, quod est Regis munus, pro publico commodo esse, negari nequit.

16 Sextò, & vltimò fallit superior cõclusio in laico, qui non potest pacisci, vt omisso iudice suo coram ecclesiastico conueniatur in casibus ad illum non spectantibus; & tale pactum, aut alienae iurisdictionis prorogatio absque consensu saecularis principis, cuius est iurisdictio, non valebit, vt tradit Cabed. decis. 32. nu. 6 in fin. tom. 1. vbi ad hoc Bart. allegat in l. 1. § & post operis. ff. de nou. oper. nunt. vbi tamen casum hunc non tractat, sed alium diuersae rationis, in num penult. ibi, de quo infr. agemus. Vera tamen est haec sententia, quae confirmatur ex ea quam sup. probauimus de improrogabili iurisdictione iudicis ad certum genus personarum deputati; secundùm quam, ecclesiasticus iudex, qui ad personas ecclesiasticas est deputatus, á laicis prorogari non poterit. Et licèt Barbos. in d. l. 1. art. 3 nu. 133. ff. de iudic. contrariũ probet, cum relatis ab eo, ac vt receptum referat ex Boer. decis. 65. num 5. quod vt indubitatum ponit Tusch. practicar. tom. 4. cõclus. 561. sub. liter. I. num. 3. cum duob. sequentib. citato Calderin. cons. 468. nu. 2. versicul. Quarto aliàs. 3. qui filij sint legitim. & Francisc. Mar. decis. 82. lib. 1. idem Tusch. tom. 6. conclus. 927. sub lite. P. nu. 12. & sequenti; praedictam tamen sententiam veriorem censeo, quam lex nostra statim citanda comprobat, & optima fulcitur ratione; est enim ratio, quia saecularis iurisdictio in subditos, principis est, â quo velut á fonte in inferiores iudices manat, vt constat ex Valasc. cum relatis ab eo, de iur. emphyt. quaest. 8 num. 21. vnde priuatorum pacto absque illius consensu non poterit ab eo auferri, iuxta reg. l. id quod nostrum ff. de regul. iur. Ord. quidem nostra non solùm prorogationes has ecclesiasticae iurisdictionis á laicis factas irritat, sed etiam litigatores ei assentietnes pecuniaria paena mulctat, in lib. 2. titul. 1. §. 14. in, quam paenam non incident conuenientes vt coram iudice ecclesiastico litigent, sed coram illo litigãtes, iuxta verba legis. Quod in Regno Franciae, & Nauarriae etiam prohiberi, refert Barbos. d. articul. 3. num. 140. & 141. vbi allegat Nauarr. cons. 51. num. 4. sub rubric. de sentent. excommunicat. num. 5. defendentem, leges has, & consuetudines optimo iure fuisse inductas.

17 Et quidem conuenire poterũt contrahentes, & valebit conuentio intercedente principis consensu de litigando coram iudice ecclesiastico in casu ad eum aliàs non pertinente, quanuis

quanuis nec de episcopi sui cōsensu, possit clericus seculari iurisdictioni se subijcere, vt tradidimus sup.cum Gloss.final.in c.significasti, de for.cō-petent & Abb.ibi num final. Et differentiæ ratio duplex asignari potest, prima, quam veriorem reputat Barbos.d.art.3.num.174 quia clerici sunt exempti iurisdictione seculari iure diuino; ex quo infert, quòd nec per Papæ ordinationem laicis subijci possunt. Secunda ratio est, quia episcopus iurisdictionem quam habet, non habet à se, sed à Summo Pōtifice, in quo tanquàm in capite omnis ecclesiastica iurisdictio residet, in inferiores prælatos inde deriuata, c.solitæ, de maioritat. & obedient. c.ita Dominus, dist.19. tradit Couar.practic.c.31.num.3.& pluribus adductis Augustin. Morl. in empor.iur 1.part. titul 2.in præmiss. ex num.123. Vnde episcopi, & prælati alij iurisdictionem ecclesiasticam à Summo Pontifice in illos collatam, illo inconsulto, ad seculares potestates contra sacrorum canonum statuta transferre non possunt; id enim esset in detrimentum ecclesiasticæ iurisdictionis, cuius illi sunt administratores, & iuri Pōtificio derogare, quod illi non possunt. At verò, quia secularis iurisdictio penes seculares principes resìdet d.c.solitæ, possunt illi subditis suis assentire, vt coram ecclesiastico iudice conueniantur. Quó fit, vt duces, & comites, & alij terrarum domini, qui iurisdictionem in illis habent á regibus impertitam, tanquàm donatarij eorū, eiusmodi assensum præstare nequeant subditis suis, seu vasallis ad prorogandam ecclesiasticam iurisdictionem in causis illorum, sicut episcopi non possunt ad prorogandam secularem.

18 Possunt quidem laici secularē alterius iudicis iurisdictionem prorogare, siuè tacitè, litigando coram illo, vt pro regula tradit Ias.in l.1.§.& post operis, num.11.ff.de nou.oper. nuntiat. siue pacto inito de litigando coram illo, absque iudicis sui consensu, iuxta principalem conclusionem sup.positam, Capic. decis.9.in princ. Tusch.d.concl.927.num.26. vbi pro regula ponit. Clericus verò sinè episcopi sui consensu, alterius iudicis ecclesiastici iurisdictionem prorogare nequit, vt pro fallentia tertia notauimus sup.ex d.c.significasti, vbi hanc differentiam inter vtramque iurisdictionem notat Abb.num.4.7.& 15. & in c.P.& G.nu. 18 de offic.& potest.iud.delegat. Gloss.in d.c. si diligenti, verb.pacto priuatorum, prope fin.eod.titul. Gloss.1.in l.1.ff.de iud.& ibi Bart. Capic. dict. decis. 9. num.13. versicul. Quartò limitatur, Tusch.d. conclus.927.num. 32. & num.61 vbi ad idem citat Lap.alleg. 89. num.4. versic.Item esto. Et differentiæ rationem, vltra asignatas à Gloss.in d.c.si diligenti, & in c. inolita. 11. quæst.1. verb.Pontifice, elicit Abb.d.num.7. & 15.d.c.P.& G.n.18. ex Bart.in.d.l.1. num.1.& 2.ff.de iudic.& in d.l.1.§.& post operis ad fin. ff.de nou.oper. nunt. quem sequitur ibi Ias.d.num. 11.& communis, vt testatur Sebastian. Sapia in repetit. d l.1.de iudic. nu.18. secūdùm quem, ideo clericus absque episcopi sui consensu, alterius iudicis tametsi ecclesiastici iurisdictionem prorogare nequit, quia clericus, præter nudam ac simplicem iurisdictionē qua episcopo suo subditus est, ecclesias habet ab eo, & aliunde illi subiectus manet ex causis alijs de quibus Gloss.in d.c.si diligenti, & d.c.inolita: laici verò nō ita iudicibus suis præter nudum iurisdictionis exercitium sunt astricti; idcircò absquè consensu

 illorum,

illorum, alterius iudicis iurisdictionẽ prorogare possunt; quod clerici non valent, episcopo suo inuito, cui magis, & aliunde, præter iurisdictionis exercitium, subiacent.

Ex qua ratione infert Bart. quód in regnis, & comitatibus, in quibus homines sunt vasalli, feudatarij, aut aliàs tributarij, quia aliunde, præter iurisdictionalia iura, dominis suis subiacent, illis inconsultis aliorum iudicũ iurisdictionem prorogare non poterunt, instar clericorum, ex ratione qua illi; secundùm quã, scripsit Abb. d. num. 7. prope fin. quòd in veritate, attenta qualitate subiectionis, nulla est differentia in hac materia inter ius canonicum, & ciuile, etsi Bart. differentiam esse, magis placuerit in d. §. post operis, in fin. quia clericus nunquam prorogat sinè superioris sui consensu, quanuis ecclesiam non habeat, laicus verò regulariter contrà; & sic Bart. ibi Abb. intelligit, quem Ias. ibid. d. num. 11. contrario sensu intelligit, vt, nempe, voluisset Bart. clericum qui non habet ecclesiam ab episcopo, absq; cõsensu illius posse prorogare, vt laicus qui nullam aliam subiectionem patitur, quám quæ spectat ad iurisdictionem.

19 Ego quidem circà præsentem articulum aduerto primò, non tam inter ciuile ius, ac canonicum, quàm inter vtriusque fori personas differentiam versari: si enim cum laico agatur, constat, illum regulariter sinè iudicis sui consensu, alterius iudicis iurisdictionem posse prorogare, vel expresè, vel tacitè, secundùm ius ciuile, de quo sup. quod, cum canonico iure correctum in laicis non legamus, hoc quoque iure attento idem fateri debemus, ex regul. tex. in c. 1. de nou. oper. nuntiat. si verò cum clerico agatur, constat, cum iudicis non sui iurisdictionem prorogare non posse suo ac colitigatoris sui consensu, d. c. significasti, de for. compet. cum alijs. 11. quæst. 1. Quod sacrorum canonum ius Cæsareo nouiori iure recipitur, vt tenet Gloss. 1. in d. l. 1. ff. de iud. & in l. penult. C. de pact. verb. dignitatis, & ibi Bart. opposit. 1. per Auth. statuimus C. de episcop. & cleric. Atque ita apparet, differentiã hac in re, inter ius Cæsareum, & Pontificium non consistere, sed inter vtriusque fori personas, vt diximus.

20 Deinde aduerto, Bart. doctrinam in d. l. 1. ff. de iud. & in d. §. & post operis, generaliter acceptam, non videri securam, tametsi eam sequatur Abb. d. c. significasti, num. 7. & 15. & alij quorum meminit Ias. in d §. & post operis, num. penult. Vbi eam limitat, post Angel. in d. l. 1. num. 6. vt non procedat, præterquàm in casu quo vasallus, seu feudatarius litigat super qualitate illa qua dño subditus est, videlicet, super tributo domino debito, aut feudo; tunc enim sinè cõsensu domini non poterit coram alio iudice litigare, aliàs secus: & in isto casu loquitur expresè tex. qui pro Bart. solet allegari, in c. transmissa, de for. compet. Vnde, vasallus, tributarius, ac feudatarius, si contentio non sit super re, quæ ius domini concernat, sed super alia diuersa, absque domini consensu prorogare poterit iurisdictionem iudicis non sui, iuxta regulam de qua sup. quæ in hoc casu limitata non reperitur; & ita Bart. doctrinam limitant alij, quos refert, & sequitur Barbos. d. l. 1. art. 3. num. 156 ff. de iud. Tusch. pract. tom 6. conclus. 927. sub lit. P. num. 16. vbi communem dicit ex Capic. decis. 9. num. 11. & per tot.

21 Qua ratione arbitror, quòd incolæ

incolæ vnius regni, seu vasalli, poterūt in contractibus suis proprio foro renuntiare, & externi alterius principis iudicibus se submittere, & illorum etiam iurisdictionem tacitè prorogare, iuxta regulam prædictam, quam in hac specie recipit Angel. d. l. 1. num. 6. vt constat ex exemplo quo vtitur, de Paduano iurisdictionem iudicis Bononiæ absque Paduani consensu prorogante; & ad idem allegat Cyn. in l si qui ex consensu C. de episcopal. audient. vbi Cyn. col. final. versicul. Quintò quæritur, exemplo hoc non vtitur, nec loquitur in specie de prorogatione iudicis alieni principatus, sed quæstionē generaliter proponit, an iudex prorogantium impedire possit alieni iudicis prorogationem; & resoluit, non posse Petr. secutus, eandem sententiam sequitur Barbos. d. l. 1. art. 3. num. 164. vbi refert, magis cōmunem esse, & pro eà alios allegat; & tenenda quidem est, etsi contrariam sequatur Ægid. Bellam. cōs. 33. num. 43. relatus á Tusch. d. concl. 927. nu. 9 & 18. in fin. Nec obstat, si dicatur, per prorogationem in specie proposita detrahi iurisdictioni principis, cuius est subditus ac vasallus, is qui prorogat; quia qualitas hæc, quando super ea cōtentio non est, non præstat impedimentum prorogationi, vt resoluimus cum communi, num. sup. proximo. Non obstat littereà, clericū, sinè episcopi sui cōsensu nō posse se subijcere alterius episcopatus iudicibus; quia maior ratio est in clericis, qui in pluribus astringuntur episcopis suis, quàm in laicis: vt pro ratione differentiæ inter hos, & illos sup. notatum est.

Denique non obstat ratio, ob quam sup. diximus, posse laicum prorogare iurisdictionem ecclesiastici iudicis, de principis sui consensu, & non absque illo, quia aliàs talis prorogatio cederet in detrimentum secularis iurisdictionis quæ principi competit: quo argumento contrariam sententiā in casu proposito, secundùm ius nostrum Regium quo ecclesiastici iudicis prorogatio laicis expressè inhibetur, probat Barbos. d. art. 3. num. 105. cum sequentib. cui in hoc non assentio respondendo ad argumentū cum diuersitate rationis; etenim ibi agitur de prorogatione iurisdictionis diuersæ speciei, quæ non sic de facili admitti debuit, vt prorogatio iurisdictionis eiusdem speciei, quanuis sub diuersis principibus manentis: & prætereà, in casu isto, non ita facilè ac frequenter prorogant partes propter locorum diuersitatem, ac distantiam; vt in illo prorogarent, si eis liceret, vnde magnum secularis iurisdictionis detrimentum sequeretur, cui idcircò obuiari, magis debuit. Quæ ratio conuenit cum illa quam Paul. adducit, vt iurisdictio delegata prorogari non posit de persona ad pesonam, quanuis ordinaria posit, in l. 1. num. 17. ff. de iudic. Atque ita, post sup. dictas fallentias, prima hæc sit ampliatio ad superiorem conclusionē, vt procedat etiam in illo, qui externi regni iudici se submittit proprio renuntiato.

22 Secundò amplio conclusionem prædictam, vt procedat etiam in vidua, & personis alijs miserabilibus quibus commiserationis causa priuilegium fori datum est, vt in l. vnic. C. quand. Imper. inter pupill. vel vid. de quo Couar. pract. c. 6. & 7. apud nos Ord. lib 3. titul. 5. §. 3. quia enim tali priuilegio ipsis personis prouideri intenditur, quia miserabiles sunt, absque vllo publici fauoris & commodi respectu, sed personarum duntaxat, renuntiare illi poterunt tanquàm priuilegio personali, ex regul.

regul. d.l.si quis in conscribendo C. de episcop. & cleric. & C.de pact. Quæ sentẽtia Senatus nostri decreto comprobatur, quo non semel iudicatum fuisse, refert Cabed. decis.173. tom. 1. mulierem coniugatam quæ insimul cum marito in scriptura cõtractus cum alio gesti, suis iudicibus renuntiatis, coram alio respondere promisit, viduam postea factam, & conuentam coram illo cui se cum marito astrinxerat, priuilegio fori vti posse non obstante renuntiatione prædicta; idquè ex eo, quia mulier viduitatis priuilegio post contractum superuenienti, viuente marito renuntiare visa non sit, iuxta regul.l. tres fratres. ff.de pact.cum notatis in c.2 de renunt.& ita fundamento isto tradit Cabed. d.decis.173.num.3. ter sic in Senatu iudicatum fuisse, testatus.

Ex quo apparet, quòd si mulier iam vidua priuilegio fori renuntiasset, contrarium iudicaretur; & bene quidem iudicio meo, iuxta prædictam sententiam, quam nunc amplector, rem maturiùs cogitans, quàm cùm de hac re obiter scripsissem in commentar.l.1. C. de sacrosanct.eccles. 3. part.§.4. num.5. versicul. Quod quidem, vbi, aliud agens, contrariam sententiam glossæ retuli ab ea non discedens, in d. l.vnic. quam sequitur, & commendat Bald. ibi nu.3. & Salyc. in fin. & cum alijs ab eo relatis Barbos.in l.alia.§.eleganter, num.50.post princip. ff. solut. matrim. idem Barbos.in l.1.articul.4.num.69. ff. de iud. à qua nunc sentẽtia, quia magis amica veritas, quám aliorum, vel etiam mea opinio alibi á me scripta, libens discedo, & præcedenti adhæreo. In cuius cõfirmationem addo, viduam, priuilegio fori sibi competenti renuntiare, tacitè posse; potest enim, nec hoc quidem in dubium vertitur, coram iudice alio litigare iurisdictione illius prorogata, cui postquàm assenserit, cæptam litem in eodem iudicio finire compelletur. Priuilegio ergo, cui renuntiare tacitè, sic potest, & expressa conuentione renuntiare poterit: quanuis differentiæ rationẽ inter hanc, & illam renuntiationem assignet Barbos. d.l.1. art.4. num.70. & sequenti; quæ etsi probabilis sit, nõ tamen efficax est, vt propter eam à prædicta sententia sit recedendum, quæ potiori nititur fundamento, ac regula d.l.si quis in conscribendo.

Denique, pro eadem sententia addo, quòd, si viduæ, & pauperes, miserabiles, inquam, personæ, priuilegio fori renuntiare non possent, non ita facilé inuenirent cum quibus contraherent, præsertim quando ipsorũ gratia contractus gerendus esset, videlicet, quia mutuum, aut commodatum sibi fieri, ab alio postularent; quod miserabilibus frequentiùs euenit, & non ita facilè inuenirent, qui sibi pecunias mutuo darent, aut rem, qua egent, commodarent, si pro fide seruanda priuilegio fori sibi competentis renuntiare non possent cum pacto, vt in domicilio credentis, ac coram iudice suo conueniantur; atque ita eueniret, quòd priuilegium commiserationis causa indultũ, commiserationem ipsam læderet; & contra personas miserabiles retorqueretur, quod fauore illarum constitutum fuit, contra regul.l.quod fauore.C.de legib.l.legata inutiliter.ff.de adiméd. legat.

23. Tertiò & vltimò ampliatur præcedens conclusio, vt procedat etiam in institore, qui, negotiationis sibi commissæ rationem reddere in certo loco, promittit domino; quanuis enim statuto tempore in loco decreto

decreto non inueniatur, poterit tamen coram iudice illius in ius vocari pro ratione reddenda, quamuis aliàs in loco contractus conueniri quis non posit nisi ibi inueniatur; & rationem specialitatis in casu isto assignat Paul. in l. hæres absens, §. si quis tutelam num. 8 ff. de iudic. Et hoc intelligo, etsi non fuisset expressum, quód institor conueniri posset in loco illo; qui enim de ratione in loco aliquo reddenda paciscitur, paciscitur vtique, vt in eodem pro ratione reddenda conueniri posit, iuxta regul. l. ad rem mobilem l. ad legatum ff. de procuratorib. & alioquin inanis esset pactio, ad cuius implementum non posset paciscens compelli iudicis authoritate. Quæ sententia iure nostro Regio planiùs procedit, quando contractus in scriptura publica, vel quæ publicæ vim habet, celebratur; secundùm quod, qui, in loco aliquo pro contentis in instrumento respõdere, aut soluere, promittit, conueniri potest in illo, etsi ibi non inueniatur, & nulla differentia est, an promittat respondere, seu stare in iudicio, vel soluere, vt ad leg. Regias sup. obseruauimus; porrò qui per instrumentũ negotiationis sibi commissæ rationẽ reddere promittit, nihil aliud, quám pro contentis in instrumento, in loco designato respondere, promittit.

24 Sufficit autem in casu isto, quo quis ad reddendam rationem in loco aliquo, se astrinxit, procuratorem mittere, per quem reddat; quia quod per alios facimus, per nos metipsos facere, videmur, iuxta iuris regul. si tamen, personaliter comparere, & sic rationem reddere, promisit, per se reddere debet, eiusquè rei causa ad destinatum locum venirè compellendus est etiam per personæ capturam, si accedere recuset, vt fides seruetur l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de constit pecun. nihil enim est, quod obstet huic conuentioni, quæ contra leges, aut bonos mores non est; nec illa quidem speciẽ seruitutis inducit, ex quo periclitari videretur, argum. tex. in l. Titio centũ §. Titio centum, in. 2. ff. de condit. & demonstrat. l. 2. ff. de liber. homin. exhibend. Aliud est enim pactum, per quod quis promittit, non recedere à certo aliquo loco, seu ciuitate; & hoc quidem speciem seruitutis inducit, vt ibi: aliud, pactum per quod promittit, ad locum aliquem, accedere, vt in illo susceptæ administrationis rationem reddat; quod breui temporis spatio expeditur, nec illo libertatis ius infringitur. In quam sententiam cõuenit quod tradit Bald. in l. cùm Archimedoram col. 2. versic. Vnde dico, C. vt in posses. legator. de eo qui promisit, in certo loco soluere, & se ibidẽ personaliter repræsentare; quem refert, & sequitur Iacob. de sancto Georg. in l. hæres absens. §. si quis tutelã, num. 9. versic. Septimò fallit, ff. de iudic. Est tamen hoc cum moderamine accipiendum, vt non semper venire, ac personaliter in loco designato cõparere cogatur, qui hoc promisit; quid enim si casus aliquis superuenit in persona illius, qui iustam excusationis causam præbeat, vt cogi non debeat, personaliter comparere, sed, per procuratorem, satis sit? quod iudicis arbitrio relinquendum erit; & inter alias excusationis causas, non illegitimam fore, arbitror, si, qui comparere promisit, adolescentulam postea vxorẽ duxit in partibus remotis, vel etiam transmarinis, quam custodire, difficile est, &, longo temporis, ac locorum interuallo, sine viro manere, periculosum.

Sextæ clausulæ

SVMMARIA.

1. *DEclaratur, quòd sit instrumentum guarentigiatum; & quod habeat executionem paratam.*

Instrumenta publica de iure communi paratam executionem non habent, guarentigiata verò sic; & cur. d. num. 1. versic Et dicit Angel.

Notarij cõficientes instrumenta guarentigiata, iudices cartularij appellãtur ab Accurs. & verbum, guarentigia, *vnde dictum, & quid significet, traditur d. n. 1. versic. Et notarij.*

2. *In Regno Castellæ publica instrumenta paratam habent executionem etiam si siné clausula guarentigiæ conficiantur; in Lusitania verò paratam executionem non habent, quanuis cum clausula illa celebrentur; sed breuior fit processus ordinario iudicij ordine, prætermisso.*

3. *Sola partium conuentione effici non potest guarentigia, sed iudicis præceptum interuenire debet, aut notarij, potestatem ad id á statuto habentis. Nec creditor sententiam iudicis, authoritate sua exequi potest.*

4. *Clausula illa, quòd ex sententia lata contra vnum ex correis, aut fideiussoribus, executio fieri possit aduersus alterum, non valet.*

5. *Ex sententia lata contra debitorem principalem non fit executio contra fideiussorem contractus, etsi in ipso contractu illi se submisisset; secus in fideiussore iudicij.*

6. & 7. *Non valet pactum, vt si debitor non soluat statuto tempore statim in bonis eius fiat executio illo non citato, neque audito. Et de hoc intelligitur Ord. lib. 4. titul. 72.*

CLAVSVLA SEXTA.

De clausula guarentigiæ.

1. INstrumentum guarentigiatũ, secundùm Cyn. in l. vnic. num. 3. versicul. Secundô quæritur, C. de confess. Bart. in l. non fatetur, in fin. ff. eod. & in l. possessio § etsi possessio, num. 3. ff. de acquirend. possess. Angel. in l. ait prætor §. si iudex nu. 4. ff. de re iudic. & ibi Alex. col. 2. versicul. Subdit Angel. & alios sæpe alibi, est illud in quo pars confitetur in eo contenta, & iudex, aut notarius potestatem hanc á statuto habens, illi præcipit, vt statuto tempore, quod confitetur, & promittit, impleat; & tale instrumentum habet executionẽ paratam: post alios latè explicat Roderic. Suar. in l. post rem iudicatam, ff. de re iudic. in declaratione legis Regni, in princip. à num. 1.

Et dicit Angel. in d. §. si iudex, nu. 3. quòd, licéet statuta Italiæ simpliciter disponentia, quòd instrumenta publica habeant executionem paratam, iuri contradicunt, communi enim iure publica instrumenta executionẽ paratam non habent. l. minor annis viginti quinque cui fidei commissum ff. de minorib. quem tex. meliorem de iuris corpore dixit idem Angel. in l. si cùm dotem §. eo autem tempore nu. 2. ff. solut. matrim. & ibi tradit Alex. d. nu. 6. & alijs citatis Parlador. quotidian. lib. 2. c. final. §. 11. nu. 1. Valasc. consult. 170. num. 1. tom. 2. & alter Valasc. allegat. 76. num. 5. tom. 1. cum alijs ab eo relatis Zeuall. practic. cõm. contra comm. lib. 2. quæst. 690. num. 3. & pro regula communi ponit Tessaur. decis. Pedemontan. 26. num. 1.

quam

quam limitat in sequentib. secus est in statutis hoc disponentibus in instrumentis guarentigiatis; quia talia instrumenta executionem paratam habent propter præceptum à notario in dictum, virtute statuti hanc illi potestatem concedentis, sicut haberent ex iudicis alicuius ordinarij præcepto, vt traditur in d. decisione Pedemont. 26 num 13. Francisc. de Leonard. de var. iur decisionib. c. 12. num. 3. Parlador. d. §. 11. num. 2. & 3.

Et notarij talem habentes potestatem, iudices cartularij appellantur ab Accurs. in l. 1. verb. tribunali ff. de iudic. tradit Alex. d. l. si cùm dotem §. eo autem tempore, num. 6. Verbum autem. *Guarentigia*, exterum est, non latinum, Tusciæ vsitatum, secundùm Bart. in d. l. vnic. notab. 3. C. de cōfess. & à verbo barbaro, *Guarentare*, seu, *guarentizare*, ex Longobardorum lingua processisse, traditur d. decis. Pedemont. 26. num. 14. & sonat corroborationem quandam ac firmitatem contractus, vt tradit Suar. d. declarat. leg. Regni in princ. num. 2. Tessaur. d. num. 14. Parlador. d. §. 11. num. 2. Francisc. de Leonard. d. c. 12. num. 1. vbi allegat Hottoman. in commentar. de verb. iur. verb. guarentigiare.

2 Apud nos verò, notarij potestatem hanc non habent; sicut nec in Regno Casteilæ, vt testatur Suar. d. declaratione leg. Regni, num. 3. versic. Hac forma instrumentorum. Ibi tamen, Toletana lege sub Catholicis Regibus lata, quæ hodie est l. 2. titul. 21 lib. 4. nou. recopilat. omne publicum instrumentum habet executionem paratam; idquè etiam si in illo adiecta non sit clausula guarētigia, id est, clausula, qua cōtrahentes, iudicum executioni se subijciunt, perinde acsi id, quod pactum conuentum vt est re iudicata transactum finitumquè foret, vt cōtra Suar. Cou. & Padill. ab eo citatos, cum pluribus quos refert & sequitur, tradit Parlador. d. §. 11. num. 5. & sequentib. pro prima ampliatione d. leg. Regiæ, ad quā alias postea subdit ampliationes, & fallentias. De iure nostro, publica instrumenta, nec, si cum prædicta guarentigia clausula celebrentur, paratam non habent executionem; quia partium conuentione effici nō potest, vt ab executione incipiatur, vt statim trademus. Si tamen instrumēta pura sint & liquida, siue publica, siue priuata à partibus recognita, ordinario iudicij ordine prætermisso, summariè proceditur per assignationē decē dierū, in quibus pars de iure suo auditur, iuxta formam leg. Regiæ lib. 3. tit. 25. Quæ lex inter ius cōmune, & Hispanicū mediam sortita est viam; quo inter vtrumque extremum, iustitiæ & æquitatis semitam adepta videtur; nec enim secundùm eam ab executione incipitur; sed pars auditur, non tamen longo & ordinario processu, qui in lite super liquido debito excusari meritò debuit.

3 Ex prædictis apparet, sola contrahentium conuentione effici non posse guarentigiam, sed iudicis præceptum, vel notarij potestatem hanc à statuto habentis interuenire debere; quo præcepto executio nititur, quam semper præcedere debet iudicis iussus, vel sententia. l. si cùm nulla ff. de re iud. l. 1. & 2. C. de execut. rei iud. vnde priuatorum pacto effici non potest, vt instrumentum publicum habeat paratam executionem; de quo latè Tessaur. d. decision. 26. num. 6. & sequenti; executio, namque, & antecedens ad illam necessarium, nempe, sententia iudicis, aut præceptum ad publicum ius pertinet, & authoritate

publica fit, quam sibi priuati arrogare nequeunt, nec pactis suis ius publicum mutare l. ius publicum. ff. de pact. Qua ratione, creditor iudicis sententiam pro se latam, propria authoritate exequi non potest in bonis debitoris, Ordinat. libr. 4. titul. 57. §. 1. quæ in antiquis erat sub eod. libr. titul 5. in princip. Nec pactum de hoc valebit, vt tradit Barbos. noster in l. alia §. eleganter, num. 47. versicul. Quinimó. ff. solut. matrimon.

4 Ex quo consequenter infertur, clausulam illam quæ quotidie apponitur in instrumentis duorum fideiussorum, aut reorum debendi, vt ex sententia contra vnum lata executio fieri posit aduersus alterum, non valere; hoc enim in effectu est, executionem prætendere virtute pacti; cui virtutem hanc iudicialis executionis priuati attribuere non valent, vt diximus. Quòd si dicatur, executionem fieri virtute sententię postea latæ cōtra vnum ex reis, aut fideiussoribus, respondetur, sententiam contra alterum non auditum, nec citatum nullius firmitatis robur habere, nec illi debere præiudicare, tanquam rem inter alios gestam, iuxta reg. l. sæpe ff. de re iud. & in rubr. & nigr. C. res inter alios act. & C. quib. res iudicat. non nocet; vnde si sententiam ipsam per se solam spectemus latam contra vnum, solùm contra illum contra quē lata est executionem paratam habet; quam si ille sustinuit in totum, pro parte quæ ad alterum correum, seu confideiussorem spectabat, experiri poterit contra eum siue actione mādati, siue alia, iuxta traditionē gloss. magnæ ad tex ibi in l. 1. C. de duob. reis.

5 Confirmatur hæc sententia ex Bart. doctrina in l. 1. ff. iudicat. solu. vbi latè differit, an sententia lata contra principalem debitorem, executioni mandari posit aduersus fideiussorem absque nouo processu; & licèt gloss. penultim. in l. final. §. final. Cod. de vsur. rei iudicat. simpliciter teneat, executionem sententiæ contra principalem latæ, fieri posse contra fideiussorem, quam etiam opinionem, dicit Bartol. tenuisse Iacob. de Aret. ille tamen in dict. l. 1. numer. 1. cum Antiquioribus alijs, in fideiussore contractus contrarium probat; sequitur Alex. in l. 2. colum. 4. versicul. Ex quo, Cod. de edend. & ibi Iason, idem Iason in l. decem stipulatus, colum. 10. num. 40. ff. de verbor. obligation. communem dicit Petr. Stella in repetit. l. qui Romæ §. Augerius eod. titul. de verbor. obligation. num. 96. eam ibidem secutus, & numer. sequentib. contra Alciat. libr. 1. dispunct. cap. 13. & cum relatis ab eo eandem sententiam contra Oldr. tenet, & receptiorem esse, testatur Mynsinger. obseruat. 96. num. 2. centur. 4. eandem tenet Couar. pract. quæst. c. penult. num. 5. versicul. Verū quia, in fin.

Qui omnes eam probant in fideiussore contractus, iuxta Bart. doctrinam in d. l. 1. num. 1. vbi in num. sequentib. aliter resoluit in fideiussoribus iudicij, nempe, iudicatum solui. & iudicio sisti, vt contra eos executio fiat ex sententia lata contra principalem; contra quos fundamentalis ratio est, quia in iudicio sunt accepti, & coram iudice fateri visi sunt debitum per iudicem declarandum in sententia contra principalem ferendam; vnde nimirum, si tanquam, in confessos, qui in iure pro iudicatis habentur. l. vnic. C. de confess. fiat executio absque nouo processu;

& ita

& ita concludit Bart d.l.1.col.final. prope fin quód in omnibus casibus, in quibus dixit, executionem fieri, intelligit,si stipulatio fideiussoria interposita sit in iudicio coram iudice; quam Bart.doctrinam sequitur Angel.d.l.1.num.2. Hippolyt.in rubr.de fideiussorib. quæst. 49. num. 349. & sup citati. Ex qua, præcedens sententia, vt dixi, confirmatur, cuius casus est de fideiussore contractus, & extra iudicium accepto; vnde, etsi iudicatũ aduersus alterum soluere promittat, & in ipso contractu sententiæ contra illum ferẽdæ se submittat, nihil aliud ibi reperitur, quàm partium quædam extraiudicialis conuentio, & actio ex ea orta; quæ in iure executionem paratam nusquam habet, id enim sententiæ proprium est, & illi soli attributum, l. minor viginti quinque annis cui fideicommissum. ff. de minorib.l.4.§.si ex conuentione ff. de re iudic.l.2.C.de execut.rei iud.probat eleganter Angel.d.l.1.num.4. & 5.& alijs citatis tradit Baeça tract. de inope debitore c.1.num.31.

6 Et prædicta quidem sententia, quam ex sup. adductis iure communi veram censeo, tutior apparet, aut etiam indubitabilis, iure nostro Regio attento Ord.lib.4.titul.72.secundùm quam non valet pactum, vt, si debitor non soluat statuto tempore, statim in bonis eius fiat executio ipso non citato, neque audito. In quo Ord. Regia, quatenus probat, conuentionem partium executionem paratam non habere, quantũuis illi tempore contractus hoc voluissent, iuri communi conformis est, vt constat ex ijs quæ diximus; ab eo veró deuiare videtur, quatenus subdit, talem conuentionem non valere, etsi statim sententia iudicis iudicetur. Etenim, si partes cõueniant, vt executio fiat tempore statuto, & statim post conuentionem, de voluntate ipsorum sententia iudicis ita decernatur, quasi ex instrumento guarentigiato executioni locus erit, cui ius nullum contradicit, sed consentaneũ illi valde est, vt talis sententia iudicis, conuentionem partium confirmans executionem paratam habeat. Et ita etiam antiquo vsu, & consuetudine receptum est, de quo testatur Cyn. in l.1.num.3.versicul. Secundò quæritur. C.de confess. vbi inquit, consuetudini huic assimilari, guarentigiæ præceptum. Apud nos etiam hoc est in vsu, vt partes in instrumento contractus, ordinarium loci iudicem rogent pro præcepto ferendo, seu contractu ipso, iudiciali suo decreto confirmando; & tamen in contractu aliâs valido otiosum videtur, ac superuacaneum iudicum præceptum, quod illi rogati interponere solẽt, si executionis effectum parere non debet.

7 Cæterùm, quia legum correctio in dubio est euitanda, & Ord. prædicta accepta vt supra, non tantùm á iure communi, sed à consuetudine etiam apud nos obseruata difficultatem patitur, alio sensu, illam accipi debere, existimaui. Pro cuius explicatione distinguendum est inter pactum, quod iudex in actu celebrationis illius, vel post ex consensu contrahentium, statuto tempore obseruari, præcipit; & pactum quo debitor vult, quôd si non soluerit tempore conuento, statim executio fiat ipso non citato, neque audito; & de isto quidem loquitur Ord.d. titul.72. &, non valere, statuit, quanuis iudicis decretum pro eo fuerit interpositũ. Quòd verò in isto secundo casu Ord loquatur, innuunt verba illius, ibi, *que logo seja feita execução em seus bens, sem elle mais ser citado nem*

 ouuido

ouuido com seu direito, clariùs in fine, ibi, *E que sem embargo de tal contracto, & sentença, se não faça execução por ella ate o condenado ser chamado & ouuido com seu direito sobre essa execução.* Quæ versatis ostendunt, legem loqui de conuentione, per quam renuntiatur iuri citationis, executionis tempore faciendæ, & iuri defensionis quæ tunc allegari poterat, & hoc est quod lex prohibet; in quo iuri communi non contradicit, secundùm quod, tale pactum non valet, vt tradit Barbos. in l. alia. §. eleganter num. 47. ad fin. ff. solut. matrim. atque illo, & alijs citatis Barbos. Vimaranens. in remission. ad Ord. Reg. d. lib. 4. titul. 72. nec quidẽ iudicis sententia confirmatum, ac decretum; ne alioquin pars omnino indefensa maneat, ac priuata etiam iure suo in summaria illa cognitione quæ fit in executionibus. l. à diuo Pio § si super rebus ff. de re iudic. Et hic est casus Ord. nostræ d. titul. 72. De pacto verò iudicis sententia confirmato lato præcepto, vt tempore debito obseruetur, lex non loquitur, & cùm de eo non loquatur, non est in illo accipienda, sed tale pactum valebit, iuxta iuris communis dispositionem, secundùm quam, debitore non soluente executio solenniter fiet, non quasi ex contractu, sed ex iudicis præcepto illi, seu post illum interposito; vt fit ex instrumẽto guarentigiato in terris in quibus notarij præceptum interponunt ex forma statuti. Secundùm quæ, quæ à Doctoribus traduntur de instrumento guarentigiato, apud nos practicabuntur in contractibus confirmatis ex partium voluntate cum iudicis præcepto pro implemento eorum.

Septimæ clausulæ

SVMMARIA.

1. *Executio sententiæ non debet incipere à captura personæ; & qui habet in bonis vnde soluat, non debet incarcerari pro debito ciuili. Valet tamen pactum, vt executio incipiat à captura.*
2. *Valet pactum, vt sententia non præcedente ad personæ capturam deueniatur iudicis iussu. Et intelligitur Ord. lib. 4. titul. 76 § 2.*
3. *Pactum, vt, si debitor statuta die non soluat, per creditorem ipsum capi possit, non valet. Prodest tamen, vt iudicem interpellare creditor possit pro captura debitoris.*
4. *Traditur, creditorem qui virtute pacti debitorem propria authoritate capit, ius crediti non amittere.*
5. *Intelligitur l. ext at. ff. eo quod met. caus. & tex. in Auth. vt non fiant pignorat. in princip. collat. 5. & in Auth. vt null. iudic. §. quia verò & huiusmodi, collat. 9.*
6. *An valeat pactum quo renuntiatur auxilio cessionis bonorum, & nu. 7.*
Pactum quo homo liber astringitur ad habendũ domicilium in ciuitate aliqua, non valet, num. 6. in versicul. Potissima.
An valeat pactũ, quo nobilis pro æris alieni solutione publico carceri se obligat, nobilitatis priuilegio renuntiato. ibid. versicul. Similiter etiam.
An valeat cõsuetudo, quòd bonis cedi non possit, & principis rescriptum de hoc. ibid. versic. Quod adeò.
Bald. resolutio, & concordia probatur in quæstione, an beneficio cessionis bonorum renuntiari possit.

8. *Debi-*

8 *Debitori contra quem executio fit in mercede operarum ſuarum relinqui inde debet vnde viuat; non ſic, quando executio fit in bonis alijs; & differentiæ ratio aſsignatur.*

9 *Communis aſſertio defenditur, ſecundùm quam creditor debet alere in carcere debitorem qui non habet vnde alatur, aut è carceribus liberare illum.*

10 *Debitor qui non habet in ære vnde ſoluat pecunias debitas, nec rerum ſuarum idoneum inuenit emptorem, vnam illarum æſtimatam à iudice dare poteſt in ſolutũ creditore inuito. Et de eodem, num. 11.*

Beneficium ceſsionis bonorum à debitore factæ non prodeſt fideiuſſori illius. ſicut nec perſonalia alia debitoribus indulta d. num. 11. verſic. Aduertendum.

CLAVSVLA SEPTIMA.

Quôd ſi debitor ſtatuto tempore non ſoluat, capi poſsit.

1 HÆc clauſula, ſi intelligatur, prout in dubio intelligi debet, de captura debitoris, iuſſu iudicis facienda, debiti ſententia præcedente, valida quidem eſt. Quanuis enim executio ſententiæ non debeat incipere à perſonæ captura, ſed priùsquàm deueniatur ad illam, bonorum excuſsio ſit præmittenda, ſecundùm ordinem tex. in l. à diuo Pio §. in venditione ff. de re iudic. quia non debet incarcerari pro debito ciuili qui habet in bonis vnde ſoluat, iuxta ſententiam Gloſſæ in l. 3. §. tutores, verb. vinculis ff. de ſuſpect. tutorib. quæ eſt ſingularis, & cõmunis, vt conſtat ex citatis à Couar. lib. 2. var. c. 1. num. 2. latè Baeça tract. de inope debitore c. 1. num. 26. Queſada diuerſar. quæſt. iur. c. 8. num. 5. vbi addit, nec ex inſtrumento Guarentigio á perſonę captura poſſe incipi; quam Gloſſæ & communem ſententiam approbat Ord. noſtra lib 4. titul. 76. §. 1. tamen valet pactum, vt executio incipiat à captura, omiſſa excuſsione bonorum, cui renuntiare debitor poteſt, vt contra Angel. in Auth. vt non fiant pignorationes, in fin. collat. 5. & alios, quorum ſententiam vocat communem Aretin. in l. maritum §. eleganter nu. 7. & 8. ff. ſolut. matrim. Couar. d. c. 1. nu. 7. de iure communi, & Regio noſtro probat Barboſ. in l. alia. §. eleganter num. 44. & ſequenti ff. ſolut. matrim. Vbi d. nu. 45. ad fin. & ſequenti agit, an tale pactum ad hæredis perſonam extendatur; Queſada d. c. 8. num. 5. ad quod vterque citat Anton. Maſſa tract. de obligationib. ad formam Cameræ quæſt. 6. Et de iure noſtro opinio hæc indubitabilis eſt per Ord. in antiquis lib. 4 tit 52. §. 2. hodie tit. 76. §. 2. ſub eod. lib. tradit Valaſc. conſ. 173. nu. 26. tom. 2. Cald. qui pro eadem ſententia alios refert, in commentar. de emption. & vendit. c. 25. num. 46.

2 Et notanda eſt Ord. ibi, quæ exigit, vt perſonæ capturam virtute pacti, iudicis iuſſus præcedat debitore ad id requiſito, in quo quidem difficilis apparet, ſi de captura perſonæ, iudicis iuſſu executiuo præcedente abſque cauſæ cognitione, & ſententia ſuper debito lata intelligenda eſt, prout verba ſonant; cùm enim abſque ſententia ad executionem bonorum deueniri nequeat, etiam ſi partes aliter conueniant, vt ſup. tradidimus ad clauſulam præcedentem, videtur, quôd multò minus valere debeat

pactum, vt ad personæ capturam, (quæ est personæ executio, & grauior ideircó reputatur, quàm bonorũ, l. in seruorũ §. final. in fin ff. de pæn.) iudicis sententia non præcedente deueniatur; præterquàm si ex instrumento guarentigio tale pactum continente agatur, quod propter notarij præceptum ex forma statuti illi iniunctum, pro sententia habetur, vt tradidimus d. clausula præcedente. Vnde, non valere pactum, vt debitore non soluente tempore expresso, capi statim posit, sententia iudicis, seu iudiciaria cognitione causæ, non præcedente, probat Bald. conf. 318. Ista captura, num. 4. lib. 4. sequitur Rip. in l. obligatione generali, num. 27. ff. de pignorib. Contrarium tamen, vt verius probat Barbos. d. l. alia §. eleganter, num. 43. versicul. Contrariam, cum relatis ab eo ibi, motus ex eo, quia per prædictum pactum non tollitur defensio, sed mutatur ordo à iure præscriptus; quæ ratio aptè conuenit casui præcedenti, qui est de executione incipienda á personæ captura ex vi pacti; at veró præsens casus est de pacto, vt à captura incipiatur iudicis iussu, causæ tamen cognitione, & sententia non præcedente; per quod pactum, videtur quód non solùm iuris ordo in executione facienda immutetur, sed & defensionis facultas in causa ipsa auferatur. Cæterùm, & in hac specie, idem quod in illa, cum Barbos. & alijs quos refert, tenendum est, saltem de iure nostro Regio per Ord. d. titul. 76. §. 2. & sequenti probat, & iudicatum in supremo nostro Senatu fuisse, tradit Phæbus decis. 15. à nu. 1. cũ sequentib. Et quidem prædicta ratio huic etiam casui propriè conuenit; nam, etsi virtute pacti debitor capiatur, & in carcerem detrudatur, defensionis facultas illi non aufertur, cùm & incarceratus de iure suo docere posit, vt non raró euenit. Et diuersa est ratio conuentionis, vt executio debiti absque sententia fiat, &, vt persona capiatur debitore non soluẽte; nam, quamuis personæ captura grauior reputetur, faciliùs tamen ante sentẽtiam ad eam deuenitur, quàm ad distractionem bonorũ pro exactione debiti, vt videre est in debitore suspecto, qui capi potest, non tamen bonis executi.

3 Est & aliud pactum, cuius cõminiscuntur Doctor. in materia ista, nempe, vt si debitor non soluat constituta die, per ipsum creditorem capi posit: de quo per Bart. & alios in l. alia §. eleganter ff solut. matrimon. & in l. Titio centum. §. Titio centum in 2. ff. solut. matrimon. Et communis, ac vera conclusio est, tale pactum non valere, idquè non solùm vbi conuentum fuit, quòd debitor non soluens statuta die, propria creditoris authoritate capi posit, & in priuato carcere detineri donec soluat; qui casus extra dubium est, & inter omnes de eo constat; quod etiam in conuentione iurata tradit Phæb. d. decis. 15. n final. ad fin. sed etiam vbi conuẽntum fuit, quòd debitor ita captus, in publicos carceres detrudatur. Quam sententiam in vtroque capite probat Rip. d. l. obligatione, num. 22. & 23. & alijs relatis Baeça d. c. 1. nu. 35. & sequenti, Valasc. conf. 173. nu. 28. & sequenti, 2. tom. latè Quesada communem dicens diuersar. quæst. iur. c. 8. num. 2. & sequenti, & Barbos. d. l. alia. §. eleganter. num. 36. & sequentib. vbi post Bart. ibi num. 10. respondet ad tex. in l. 3. C. de pignorib. & ita esse communem Doctorum resolutionem eandem secutus, dicit Cald de emption.

emption. & vendition. d.c.25.nu.44. vbi alios citat. Pro qua ſententia plurima adducũt, potiſsimùm, quia captura, & carcer, publici iuris eſt, & meri imperij; idcircò priuatorum pactis nequit immutari, neque concedi, l. ius publicum ff. de pact. & quia liber homo, non eſt dominus membrorũ ſuorum, nec paciſci poteſt in libertatis detrimentum; & quia talia pacta, rixarum, & tumultus occaſionem præberent. Et hanc ſententiam expreſsè probat Ord. noſtra d. titul. 76. §.3. ſubiungit tamen ibi, tale pactum prodeſſe, vt creditor virtute illius interpellare iudicem poſsit pro captura debitoris; quod tradit Baeça d c.1.nu. 36. in fin Cald. d.c.25. num.45.

4 Dubitari verò poterit in propoſito, an, ſi creditor vti volens pacto prout conuentum fuit, omiſſo iudice debitorem capiat, ius crediti amittat? In qua quæſtione pars affirmatiua probari videtur ex Auth. vt non fiant pignorationes, in princip iuncta gloſſ. ibi verb. & ſupplicia, collat. 5. & in Auth. vt nulli iudicum §. quia verò & huiuſmodi collat. 9. vbi, pignorationes in libero homine fieri, prohibentur ſub pæna crediti, & alijs; idem etiam ſuaderi videtur ex eo, quia qui rem aliquam debitoris, aut pecuniam ſibi debitam, propria authoritate aufert ab illo inuito, ius crediti amittit, l. extat ff. eo quod met. cauſ. l. creditores ff. ad leg. Iul. de vi priuat. & idem eſt de eo qui per vim rem ſuam ab alio poſſeſſam occupat. l. ſi quis in tantam. C. vnde vi, Ord. lib.4. titul.58. in princip. ſic ergo, facto argumento de re ad perſonas, & quia maior vertitur iniuria, ac maius periculum in captura perſonæ, quàm rerum, dicendum videtur, vt qui pro debiti exactione propria authoritate debitorem capit, quem ſic capere, illi non licebat, ius crediti perdat. Hoc tamen non obſtante, Queſada d.c.8. num.14. creditorem excuſat ab amiſsione debiti, ex regul. l. igitur verſicul. Et generaliter, ff. de liberal. cauſ. ſecundùm quam quælibet cauſa etiam iniuſta excuſat à pæna ordinaria; ad quam euitandam pactũ prædictum ſufficientem præbere cauſam, exiſtimat, licèt creditor extraordinariè ſit per iudicem corripiendus: & ſubdit poſtea in verſicul. Quod tamen, quòd, ſi creditor antequàm ad capturam acceſsiſſet, iuſſu iudicis per debitorem requiſiti monitus fuiſſet, vt ab illa abſtineret, & ille poſtea omiſſo iudice captat, incidet in pænam d. l. extat, cum alijs.

Ego quidem in quæſtione hac, à pæna amiſsi debiti creditorem liberum ſemper fore, exiſtimo; nec id quidem ex vulgari regul. d. l. igitur, ſed quia pæna commenſuranda delicto eſt, nec debet quis puniri vltra quã deliquit. l. reſpiciendũ. ff. de pæn. porrò, qui virtute pacti debitorẽ capit propria authoritate, quem ſic capere, non licebat, in exactione debiti non delinquit; nec enim debitorem capiendo, pecuniam ſibi debitã extorquet ab illo; ſed in ipſa perſonæ captura delinquit, quam per ſe facere non poterat, etſi in hoc cum debitore conueniſſet; vt igitur in eo puniatur in quo deliquit, capturæ ius amittet, quod illi competebat iudicis iuſſu, & per apparitores illius, ex Ord. noſtra d. titul. 76. §.3. & ſic eueniet, vt qui virtute pacti requirere iudicem poterat pro captura debitoris, ius iſtud perdat capiendo debitorem authoritate propria.

5 Atque ita apparet, deciſionem d. l. extat, cum ſimilib. cum caſu iſto bene conuenire, tametſi pæna amiſsi crediti, de qua ibi, diſsimilis ſit; in

quam ibi creditor incidit ex Marci Imperatoris decreto, quia in debiti exactione deliquit, pecuniam sibi debitam à debitore extorquendo, vel rem illius pro debito; sic enim tex. ibi, quatenus in re debitoris loquitur, intelligo. Quod secus est in casu nostro. Cui etiã non obstant tex. in d. Auth. vt nõ fiant pignorationes, & d. Auth. vt nulli iudicum §. quia verò, loquuntur enim in pignorationibus factis in vno pro debito alterius; ex quo maior irrogatur iniuria vim passo, maiori idcircò pœna plectenda. Præterea, loquuntur in pignoratione, quam in libera persona fieri, iure prohibitum extat, l. qui filios C. quæ res pignor. obligar poss. c. 2. de pignorib. de quo laté per Gloss. & Scribent. in c. ex rescripto, de iureiur. At verò præsens casus nõ est de pignoratione pro debito, sed de captura debitoris ad debiti executionem ordinata, quæ omni iure, seruatis seruandis, licita est.

6 Ad eandem capturæ materiam pertinet quæstio apud Doctores frequens, & ambigua, quam præcedentibus consociam vocat Rip. d. l. obligatione, num. 30. ff. de pignorib. de pacto quo renuntiatur auxilio cessionis bonorum. In qua variant Nostri, & in illa pro vtraque parte plura adducit Vitalis tractat. de clausul. § His peractis, titul. an possit renuntiari beneficio cessionis bonorum; frequentiori tamen calculo humanior opinio recepta est, vt renuntiatio nõ valeat, cum Bart. in l. alia §. eleganter, iuxta fin. ff. solut. matrim. vbi quæstionem istam latè tractat Barbos. num. 48. versicul. Vltimò Bart. hìc, cum sequẽtib. & post relatos ab eo, Bart. opinionem, magis communem esse dicit, & sequitur ibi num. 49. versic. Placet, quam tenent Abb. & communiter Canonistæ in c. Odoardus, de solut. teste Rip. d. l. obligatione, num. 30. in princ. cõmunem ex alijs refert Couar. in c. quanuis pactum 2. part. in init. nu 6. de pact. in 6. & lib. 2. var. c. 1. nu. 7. vbi in versicul. Tertiò animaduertendum, sententiam hanc, veriorem esse; dicit, & receptiorem; ex quo eam sinè dubio probare visus est, vt mirum sit, pro cõtraria citari à diligenti & erudito viro Ioã. Gutierr. de iuram. confirmator. 1. part. c. 18. num. 1. vbi ille cõmunem etiam probat, & alios refert communem dicentes; quam, veriorem & æquiorem esse, dixit, eam secutus cum relatis ab eo Zeuall. practic. comm. lib. 2. quæst. 701. num. 1. versic. Sed his non obstantibus; & pluribus citatis vt receptiorem, & humaniorem laté defendit Baeça de inope debitore, c. 1. nu. 41. & sequenti, etiam si talis renuntiatio iuramento vallata sit, secundùm quod iudicatum fuisse, asserit Guido decis. 211. num. 1. versic. Sed his non obstantibus, vt iuramentum hoc seruari non debeat, quasi contra bonos moræs sit, regul. non est obligatorium, de regul. iur. lib. 6. subscribit cum moderamine Couar. d. c. 1. num. 7. ad fin probat Barbos. qui vtriusque sententiæ Authores citat d. §. eleganter, num. 51. & sequenti, Zeuall. d. quęst. 701. num. 7.

Potissima autem ratio, qua Doctores in hanc sententiam mouentur, est, quia per renuntiationem prædictam debitor obligat se ad perpetuos carceres, quod speciem seruitutis inducit; tametsi enim qui in carceribus detinetur pro ære alieno, creditoris seruus non maneat, Gloss. final. in l. 1. C. qui bon. ced. poss. negari tamen, non potest, per perpetuam in carcere mansionem, libertatem naturalem nimis opprimi, ac coarctari, & multò magis quàm per pactum, quo homo liber

liber aſtringitur, in ciuitate aliqua domicilium habere; quod, inter omnes conſtat, non valere, quia ius libertatis infringit, l. Titio centum. §. Titio cētum. 2 ff. de condition. & demonſtr.

Similiter etiam pactum quo nobilis, nobilitatis priuilegio renuntiato, pro æris alieni ſolutione publico carceri ſe aſtringit, libertatem non ita coarctat, vt renuntiatio beneficij ceſſionis bonorum, vt optimè aduertit Couar. d. c. quanuis pactum 2. part. in init. num 6. verſicul. Deinde etiam, & tamen renuntiatio priuilegij nobilitatis, vt nobilis in carcerem pro debito ciuili detrudi poſsit, non valet, ſecundùm plurimorum ſententiam quos refert, & ſequitur Gutierr. de iuram. d. 1. part. c. 16. num. 61 Zeuall. practic. cōm contra com. lib 2. quæſt. 688. nu. 5. & 6. qui in hoc communes inuicem contrarias retulit, nouiſsimè & eruditè Phæbus deciſ. 48 per tot. vbi pro nobili, non obſtante renuntiatione, in Senatu noſtro fuiſſe iudicatum, refert. Et quanuis verū ſit, quod qui in quæſtione iſta negatiuam pro nobili amplectuntur, diuerſo alio potiſsimùm nituntur fūdamento, ipſius nobilitatis, totiuſquè ordinis cauſam concernente, quod nihil commune habet cum renuntiatione beneficij ceſsionis bonorum, quæ renuntiatio ſolum ipſum tangit, qui renuntiat; tamen quicquid in illa ſit, in qua cōtra nobilem pro renuntiatione iudicatum fuiſſe in Regio Granatenſi Prætorio, teſtatur Couar. d. init. num. 5. ab hac ſententia in quæſtione illa non diſſentiens, quam probat Baeça d. tract. de inope debitore. c. 16. num. 39. vbi quæſtionem ad vtrāque partem latiſsimè diſputat, in quæſtione noſtra, pars negatiua, vt verior, & communior eſt tenenda, quam in ea Couar. ipſe ſecutus eſt, veriorem, & receptiorem dicens d. lib. 2. variar. c. 1. num. 7. verſicul. Tertiò aduertendum, & Baeça d. tract. c. 1. num. 41. & ſequenti, & alij de quibus ſup. ſi enim, non valet pactum, vt diximus, quo homo liber ad perpetuum in ciuitate aliqua domicilium habendum obligatur, multò minus valere debet pactum, per quod quis perpetuo ſe carceri aſtringit, ſi non habeat vnde ſoluat, ſublato beneficio ceſsionis bonorum.

Et hæc ſententia iure noſtro Regio probanda æquè eſt, etſi definitū illo ſit, valere pactum quo ſe debitor ad ſoluendum è carcere obſtingit, vt ſup. tradidimus, ex Ord. lib. 4. titul. 76. §. 2. cuius argumento tentauit Cald in commentar. de emption. & vendit. c 25. num. 47. pactum renuntiationis beneficij ceſsionis bonorum eodem iure Regio æquè valere; cùm tamen inter vtrumque pactum, & vtrumque caſum diſcrimen perſpicuum ſit, vt de vno, ad alterum, tanquàm à diuerſis non procedat argumentum; quia pactum quo ſe debitor pro debiti ſolutione carceri ſubmittit omiſſa bonorum excuſsione, non ita onerat perſonam, nec cōprimit libertatē; cùm, qui habet in bonis vnde ſoluat, ſoluendo, è carceribus ſtatim liberetur, qui etiam ſoluere potuiſſet antequàm ad perſonæ capturā deueniretur; at verò pactum, quo renuntiatur beneficio ceſsionis bonorum non cadit niſi in inopem debitorem, qui, inquam, non habet in bonis vnde ſoluere poſsit; atque ideo, ſi tale pactum tenet, virtute illius perpetuo carceri tenebitur reus qui ſoluendo non eſt, nec beneficio ceſsionis bonorū vti poteſt. Apparet ergo, pactum illud ab iſto differre, vt ita quod lex Regia in illo ſtatuti, ad hoc protrahendum non ſit. Quinimò, nec

vigore

vigore illius, beneficium cessionis bonorum censeri renuntiatum, dicẽdum est, quippequi hoc demum importet pactum illud, vt omissis bonis à personæ captura incipiat executio; non verò, vt postquam ita incæperit, beneficio cessionis bonorum vti debitor non possit alijs ad id concurrentibus requisitis; quod etiam in pacto iurato ad ius Regium admittit Cald. d. c. 25. nu. 48. in fin. Sic, itaque, in expressa renuntiatione auxilij cessionis bonorum, communi iure, & Regio æquè tenendum erit.

Quod adeò humanitati, pietatiqué innixum est, vt non valeat consuetudo, quòd bonis cedi non possit, secundùm Fabr. in §. final. num. 7. instit. de act. nec princeps supremus derogare illi possit nisi ex iustissima causa, vt cum Bero. decis. 133. num. 2. tradit Baeça d. tractat. de inope debitore c. 2. num. 3. declarando vt ibid. num. 25. Barbos. d. §. eleganter, num. 52. in fin. cuius tamen contrarium tenet Bald. in l. 1. col. 3. in fin. & sequenti, C. qui bon. ced. poss. dicens, ius istud cessionis bonorum, tolli posse statuto, & principis rescripto; & loquens in statuto idem tradit Alex d. §. eleganter nu. 13. versic. per statutum.

7 Quia verò contrariam sententiam in quæstione proposita multi, & multi nominis Authores tuentur, vt videre est apud Couar. Baeçam, Zeuall. & Barbos. vbi sup. pro qua non leue præstat argumentum quod deducunt ex l. fin. C. qui bon. ceder. possunt, per quam, illam in puncto iuris veriorem videri, scripsit Rip. dict. l. obligatione, numer. 30. vltra alia, de quibus Bald. dict. l. 1. col. 3 inter vtramque opinionem displicere non debet concordia, quam posuit Bald. ibid. col. final. versicul. Tu concorda, post vtriusque partis fundamenta adducta, nempe, renuntiationem prædictam non valere ad effectum incarcerationis, ea enim non obstante poterit debitor beneficio cessionis bonorum vti, vt è carceribus liberetur; valebit verò ad hoc, vt debitor facta cessione, de bonis postea acquisitis soluere creditoribus teneatur, deducto tantùm vnde viuat secundùm personæ indigentiam, non secundùm illius dignitatem, ac statũ. Quam Bald. concordiam sequuntur Brun. tract. de cession. bonor. quæst. vigesim. principal. num. 13. Vitalis de clausul. d. §. Hisperactis num. 3. & 4. Baeça d. c. 1. num. 45. Barbos. cum alijs quos refert d. §. eleganter num. 50. in fin. & sequenti.

Pro cuius declaratione notandum est, beneficium cessionis bonorum duo commoda importare, videlicet, vt debitor in carceribus pro debito non retineatur, l. 1. C. qui bon. ced. possunt, & vt de bonis postea quæsitis soluere non teneatur vltraquàm facere possit. l. 4. ff. de cession. bonor. l. ex contractu C. de bon. authorit. iud. possidend. §. final. instit. de actionib. tradit Gom. l. 79. Taur. num. 2. Azeued. l. 4. & 5. num. 4. titul. 2. lib. 6. recopil. quod intelligitur iuxta status ac personæ suæ conditionem, vt clariùs expressit Ord. nostra lib. 4. titul. 74. in princip. vnde, qui beneficio huic in contractu cum creditore gesto renuntiauerit, illo nihilominus vti poterit ad euitãdos carceres, iuxta priorem sententiam, eiusquè potissimum fundamentum, cui sic satisfit; sed de bonis postea quæsitis soluere tenebitur creditoribus, quasi bonorum cessio facta non esset, iuxta posteriorem sententiam quoad hunc effectum accipiendam, deducto tamẽ ex diurno labore, necessario victu, qui non

potest,

potest, vt inquit Bald. d. l. 1. col. 4. laborantibus subtrahi.

8 Quod est notabile dictum, & pro miseris debitoribus obseruandũ. Ex eo, namque, infertur, quòd si in mercede debitori debita ex operis suis, à creditoribus executio prętẽdatur, debeat illi inde salua manere portiuncula pro quotidiano victu necessaria: quæ tamen ex bonis alijs deducenda non erit, quanuis debitor non habeat aliunde vnde alatur, sed in cunctis executio fiet ad integram debiti solutionem. Et differentiæ ratio est; quia etsi in bonis omnibus debitoris, executio fiat, manet illi supremum operarum suarum, artis, si quam nouit, & industriæ suæ subsidium, vnde viuere posſit; & melius est, manibus operari, & laborare pro victu quærendo, quãdo hoc faciebat Apostol. qui alieno ære nemini tenebatur, argentum & aurum, aut vestẽ nullius concupierat, act. 20. quàm creditorem debito suo fraudare; at verò, si in tota operarum mercede executio fieri posset non deducto vnde debitor viuat, qui non habet aliunde, omni vitæ remedio priuatus maneret; nec enim laborare, & operas suas locare, illi ad vitam prodesset, quando inde, vnde viueret, illi non superesset, totũ auferente creditore. Quod, quâm acerbum, & inhumanum foret, per se patet; & quod plus est, non ex eo meliorem suam conditionẽ faceret creditor; sciens enim debitor, totam operarum suarum mercedem exigere posse eum, se inopia extrema, ac fame laborante, ab illis abstineret vtique; non est ergo faciendum quod debitori nocet, & creditori non prodest, vt ad similem casum dixit Zeuall. d. quæst. 701. num 11.

9 Rursus, eadem sententia corroboratur ex eo, quia si creditor d bonis suis alere tenetur debitorem in carcere detentum, aut dimittere eum, qui non habet aliunde, vnde alatur, quanto magis permitti debet illi, vt manducet de laboribus manuum suarum, & de sudore vultus sui? Quód verò creditor debitorem inopem alere debeat, vel è carcere liberare, communis est assertio, quam ascribunt Glossæ verb. agnoscere, in l. final. C. de erogat. militar. annon. lib. 12. quam singularem reputant, ac valde ad hoc commendãt citati à Cordub. in l. si quis à liberis §. solent num. 37. ff. de liber. agnoscẽd. à Surd. tract. de aliment. titul. 1. quæst. 71. num. 2. Cabed. decis. 83 nũm. 1. part. 1. vbi hoc vt cõmune tradit, & opinionem hanc, æquiorem esse dicit, & probabiliorem, quam ibid. defendit, Cald. de emption. & vendit. c. 25. nu. 49. nouissimè Mendes in practic. Lusitan. lib. 3. c. 22. num. 66. Valasc. consult. 1. num. 8. tom. 1. vbi tamen aduertit, quòd gloss. illa hoc non dicit, sed loquitur in casu dissimili, iuxta tex. ibi, quod etiam notauit Afflict. decis. 71. nu. 1. in fin. Cald. d. c. 25. nu. 50. Sed & prædictam communem assertionem (secundùm quam, se non semel iudicatum vidisse in senatu nostro, asserit Valasc. quod etiam testatur Gam. decis. 261 num. 1 qui de materia latè agit) existimat idem Valasc. iure aliquo non probari, sed solùm ratione quadam morali sustineri, propter quam, & propter authoritatem Doctorũ illam tenentium, eam admittit; & hoc solummodò in casibus in quibus debitor beneficio cessionis bonorum vti nequit, de quibus in leg. nostra lib. 4. titul. 74. & prædictam sententiã in puncto iuris veram non esse, scripsit Cald. dict. num. 50. subdens in num. sequenti, illam in praxi

praxi admitti non debere, quando debitor incarceratus eleemosynis ali possit, ad quod alios allegat; limitat tamen ibid. num. 52. nisi debitor eius conditionis sit, cui dedecus sit, & ignominia eleemosynis exhiberi.

Quæ sanè scripta Nostrorum prædictam communem ac generalem Doctorum traditionem, satis æquam ac piam nimis restringunt; quam fore seruandam, quia communis est, & habet æquitatẽ, asserit Surd. d. quæst. 71. num. 3. Nec illa quidem morali solummodò ratione, sed iuridica etiam defendi potest, & vltra adducta per Cabed. d. decis. 83. probatur, quia, vt diximus sup. ita creditor exigere debitum suum potest, vt, si de bonis cũctis debitoris satisfieri illi integré nequeat, & debitor deinde operas suas locet, de mercede illarum superesse ei debeat pro necessario victu; atque ita operarum hanc mercedem quatenus ad necessariũ victum pertinet, impedire non potest creditor; multô minus igitur operas ipsas, ex quibus viuere necesse habet debitor, impedire creditor poterit; &, si impedit, iniustè agit, sicut ageret, si totam illarũ mercedem sibi exigere præsumeret pro suo debito: porrò, qui pro suo debito illum in carcere detinet qui nõ habet vnde viuat nisi ex operis suis, quas illic præstare nequit, illum, vtique, operis suis vti, impedit; quod etsi creditori liceat pro debiti sui exactione, non tamen licet, quando, aliunde debitor vnde viuat, non habet. Quarè vel eum debet alere in carcere, vel soluere é carcere, vt ex operis suis alatur. Idqué non tantùm in casibus, in quibus cessioni bonorum locus non est, sed in alijs etiam, in quibus, bonis cedere potest debitor, si beneficio hoc omisso, quod diuturniorem litem exposcit, & miserabilius est, illo vti, malit. Sunt enim duo hæc prodita inopi debitori remedia, diuersa quidem, inter quæ electio illius est; &, si priùs eligat, vt à creditore in carcere alatur, altero deinceps vti poterit, vt è carcere dimittatur; nec enim casum hunc impeditiuum esse cessionis bonorum, lex vlla, aut vlla iuris, æquitatisue ratio suadet.

10 Nec quidem mirum, durum ne creditoribus videri debet, egenis & carcere detentis auxilijs istis iure succurri, cùm maius aliud fauore debitorum qui non ita paupertate & carceribus grauantur, scriptum legamus, videlicet, in Auth. de fideiussor. §. quod autẽ, collat. 1. & in Auth. hoc nisi, inde collecta, C. de solutionib. vbi probatur, quòd, etsi aliud pro alio, inuito creditore solui non possit. l. 2 §. mutui datio ff. si cert. petat. debitor tamen qui non habet in ære vnde soluere possit pecunias quas debet, nec rerum suarum inuenit emptorẽ, (quod de emptore iustum pretium offerente est intelligendum) vnam illarum dare possit in solutum, & creditor accipere tenetur, iudicis æstimatione præmissa; & sic fauore debitoris, aliud ibi pro alio soluitur inuito creditori, non obstãte regul. d. §. mutui datio, vbi Rip. num. 25. requisita ad hoc necessaria adducit, inter quæ vnum est, vt rem meliorem offerat; quod tamen de re debito proportionabili intelligit in num. sequenti cum vtroque Imol. in l. á Diuo Pio §. in venditione ff. de re iudic. & Salyc. d. Auth. hoc nisi, ad fin. nec enim pro paruo debito, res magni pretij distrahi debet, vt ante eos obseruauit gloss. penultim. & ibi Bart num. 16 in Auth. hoc ius porrectũ C. de sacrosanct. eccles. sequitur Baeça de inope debitore c. 1. num. 47. versicul. Notandum tamen, vbi & num. præcedente

cum

cum ſequentib. de materia d. Auth. hoc niſi, latè per eum; de qua etiam Gutierr. de iuram.1. part. c. 29. per tot. Petr. Surd. qui alios refert, tract. de aliment titul 9. quæſt. 41. ex num. 25.

11 Ego quidem beneficium hoc, ſaluberrimũ duco, ac Principali clementia dignum ad ſubleuandos debitores; non tamen illud à Noſtris practicari video, ſed creditor pro executione ſententiæ contra debitorem obtentæ res illius capi curat, ſub haſta vendendas ſeruato ordine d. l à diuo Pio §. in venditione, &, ſi non inueniatur emptor, addici ſibi poſtulat, vt in § ſi pignora, eiuſdem l. licitatione pretij arbitrio ſuo facta, abſq; vllà iudicis taxatione, ſeu æſtimatione, quam nouiori iure ſtatuit Imper. in d Auth. hoc niſi, & in corpore vnde ſumitur; & ſic euenit, vt beneficium ab eo ibi tantopere commendatum, debitorum cauſa ac fauore introductum, cum magno illorum detrimento in creditorum commodum cedat, dum res miſeri debitoris, pretio, quod volunt, emunt, licitatore alio non inuento. Et illi quidem de iuſto pretio non curant, ſed pro iuſto reputant; quod trans dimidiam vel nummo vno ſit, vt non ſubiaceant conſtitutioni l. 2. C. de reſcind. vẽdit. idquè non ſinè magno animæ detrimento quæ cunctis rebus debuit anteponi; quid enim prodeſt homini, ſi vniuerſum mundum lucretur, animæ verò ſuæ detrimentum patiatur? Conſtat verò, læſionem quamlibet, animam ligare, & reſtitutionis onere prægrauare quamuis infra dimidiam iuſti pretij læſio ſit, vt cũ D Thom. 2.2. quæſt. 77. art. 1. ad 1. & communi tradit Rebell. de obligat. 2. part. lib. 9. quæſt. 3. ſect. 1. num. 4. Vnde, quia eccleſia iuſtitiæ cultrix eſt, & auctrix, dixit Gloſſa in c. ea enim § hoc ius porrectum, verb. vt plus. 10. quæſt. 2. quòd eccleſia pro vẽditione rei ſuæ non debet recipere vltra iuſtum pretium; ex quo tradiderunt alij illius Gloſſæ authoritate, quòd ſi plus iuſto eccleſia recepit etiam intra dimidiam, tenetur reſtituere; ſed hoc in foro animæ, & non in contentioſo eſt accipiendum, vt per Pinel. in 2 part. d. l. 2. c. 2. num. 34. in fin. Zeuall pract cõm. contra comm. lib. 2. quæſt. 508 num. 5.

Quarè, vt tanto malo ac creditorum auaritiæ obuiectur, & debitoribus conſulatur beneficio illorum cauſa introducto, curare debent Practici noſtri coram iudicibus ſententias exequentibus, vt ſentiat debitor in praxi leuamen oneris ſui, quod pro illo ſtatuit Imper. clementer ac legaliter ſimul, vt ipſe ait, in d § quod autem, verſicul Si enim, ita, vt licitatore non inuento, & idem erit non inueniri, ac vile pretium offerentem inueniri, præſertim vt euitetur fraus ſuppoſiti per creditorem emptoris, congrua æſtimatione iudicis præcedente, rem ille accipiat in ſolutum. Aduertendum autem eſt, quòd prædicta iuris remedia & beneficia debitori indulta, perſonalia ſunt; idcircò debitoris fideiuſſor iuuari illis nequit, vt in beneficio ceſsionis bonorum, per tex. ſingularem, & Scrib. ibi, in l. hæres à debitore. § quòd ſi ſtipulator, in fin. ff. de fideiuſſorib. vt commune tradit, & probat Gom. in l. 79. Taur. num. 2. ſequitur Azeued. in l. 4. & 5. num. 6 titul. 2. lib 6. nou. recopil. vbi tex. illum notabilem dixit, Zeuall. d. quæſt. 70. num. 12. vbi num. 14. & ſequenti contrarium tradit, cum alijs quos refert, in dilatione debitori ad ſoluendum indulta per maiorem partem

creditorũ, vt fideiussori prosit, ex ratione de qua per eum ibi.

Octauæ clausulæ

SVMMARIA.

1. Regula iuris, quæ dicit, quòd non est obligatorium contra bonos mores præstitum iuramentum, cum Bald. & communi intelligitur de iuramento quod bonis moribus naturalibus, aut canonico iure inductis repugnat, & non de iuramento quod bonis moribus ciuilibus repugnat.
2. Donatio inter coniuges, contractus minoris, & renuntiatio hæreditatis paternæ, iuramento adhibito confirmantur.
3. Traditur regula ad cognoscendum quando iuramentũ naturalibus moribus, aut canonico iure inductis aduersetur, vt seruari non debeat; & an eiusmodi sit quo maritus se obligat ad dotem vxoris restituendam vltra quàm facere possit.
4. Latè examinatur quæstio, an obligatorium sit iuramentum de non reuocando testamento, in qua Bart. & communis Legistarum defenditur.
5. Traditur, pactum, aut stipulationem de instituendo aliquo in hæredem, non valere, nec cum iuramento firmari.
6. & 7. Defenditur communis assertio, secundùm quam, donatio omnium bonorũ præsentium & futurorum, nec cum iuramento facta valet.
Dispendium salutis æternæ, in quo consideretur, declaratur d. num. 7. versic. Pro cuius.
8. Iuramenta quorum obseruatione opus aliquod supererogationis impeditur, vt de non mutuando, de non fideiubendo, & similia, obligatoria non sunt.
9. Donatio omnium bonorum præsentium & futurorum ecclesiæ facta, aut aliàs ad pias causas, valida est.
10. Ord. nostra libr. 4. titul 73. in princ. prohibens, in contractibus iuramenta promissoria apponi cum clausula irritante, intelligitur, & practicatur in omnibus generaliter, tam in ijs qui sinè iuramento per se valent, quàm in ijs qui absque eo non valent. Et quid de leg. Castellæ, ibid.
11. Lex principis sæcularis prohibens, contractibus iuramenta apponi cum clausula irritante, defenditur, & eius ratio explicatur.

CLAVSVLA OCTAVA.
De Iuramento.

SÆpe solent contrahentes pro maiori contractus, quem celebrant, firmitate, & securitate, iuramento cõfirmatorio, seu promissorio illum stabilire, licèt apud nos hoc ita non sit in vsu propter legem Regni lib. 4. titul. 73. quæ huiusmodi iuramenta, vetat, in contractibus adhiberi, tã qui in scriptis, quàm qui sinè scriptis celebrantur, cum clausula irritante, & pœna de qua ibi, cui tamen legi non raró contrauenitur Regio rescripto, in aliquibus casibus ad id specialiter inducto. Et de ea, eiusquè ratione nos inferiús agemus. Constat veró, iuramenti in contractu adhibiti eam esse virtutem, vt non solûm obliget ad fidem præstandam ex vi iuramenti ipsius, eligionis causa, sed etiam contractũ ipsum qui aliàs secluso iuramẽto nõ valeret, validũ efficit, vt probat Tho. Sãc. super Decalog.

Decalog lib 3.c. 12. num. 5. vbi sententiam hanc communissimam vocat, verissimam, & vbique receptam, & num 11 & 12. vbi nuncupatim loquitur in contractibus iure irritis qui iuramento robur validitatis assumũt, & pro eadem sententia innumeros ibi citat Authores Author ipse diligentissimus.

1 Non tamen semper firmior aut validior manet conuentio cum iuramento celebrata; si enim illa iure non valeat propterea quód contra bonos mores sit, seu contra publicam vtilitatem principaliter, iuramento non corroborabitur, quia, iuxta iuris regul. obligatorium non est, tale iuramentum. Hinc innumeras excitant Doctores quæstiones in cõuentionibus, ac renuntiationibus quæ secundúm leges non valent, an ex iuramento præstito firmitatis robur accipiant? Et decem causas, ex quibus contractus iure non subsistunt, memorat Gregor. Tholosan. Syntagmat. iur. lib 50. c. 5. num. 3. secundũm quas, de iuramento confirmatorio contractibus apposito, eleganter differit ibi in numer. sequentib. Omnium auté vera resolutio pendet ex intellectu regulæ c. non est obligatorium, de regul. iur. libr 6. l. si quis inquilinos §. final. ff. de legat. prim. quæ communiter intelligitur in iuramento quod bonis moribus naturalibus, aut canonico iure inductis repugnat, secus si ciuilibus tantúm moribus resistat; quæ fuit Bald. distinctio in l pactum, quæst. 19. C de pact. quam alij communiter sequuntur secũdúm Couar. in c. quamuis pactum. 2. part. in init. num. 1. de pact. lib. 6 vbi alia vtitur distinctione, quæ cum mente communis conuenit, & aliam alios secutus probat Cald. in commentar. de emption. & vendit. c. 30 n. 8. aliam Molin. Theologus de iustit & iur disput. 149. ex versicul. His exemplis, tom 1. vbi in fin. disput. illius ait, regulam á se traditam ad dignoscendum quando iuramento contractus confirmentur, aut non, meliorem esse, quám quæ traditur à Couar. & á iuris Peritis alijs. Communé veró sequitur Tholosan. dict. cap 5 num. 4. & alijs citatis Roland. á Valle cons. 70. num. 32. & sequentib. libr. 2. Gutierr. de iurament confirmat. 1. part. cap. 3. num. 5. Azor. institut. moral. libr 11. cap. 7. post princip. iuncto versicul. Sed concessis, 1. tom. Sanch. de matrimon. libr. 1. disputat. 32. num. 1. tom. 1. vbi communissimam hanc dicit distinctionem, qui idem repetit pluribus pro ea citatis & eandem secutus in Decalog. dict. libr. 3 cap. 9. num. 30. Less. de iustit. & iur. libr. 2. cap. 17. dubitat. 7. numer. 51. circá princip. & post alios laté prosequitur Suar. de Religion. tom. 2. tractat. 5. libr. 2. cap 21. cum duob. sequentib vbi multis hinc inde adductis, veram nihilominus censet communem hanc traditionem c. 22. num. 7. Et illa quidem tenenda est, etsi eam, eiusqué Authorem audacter reprehendat Chassan. in consuetud. Burgund. rubric. 4. §. 7. folio, in libro meo, 166. versic. Et quod ista sit opinio.

2 Hinc est, quòd quia bonis moribus ciuilibus inductum est, vt donationes inter coniuges non valerent, l. 1. ff de donat. inter vir. & vxor. eæ adhibito iuramento corroborentur, vt per Gail. libr. 2. obseruat. 40. num. 2. vbi communem dicit, & sequitur, & cum relatis ab eo tradit, & receptum refert Barbos in l. alia §. eleganter num. 26. versicul. Vnde licèt. ff solut. matrimon. communem etiam vtriusque iuris Doctorum re-

pactum; vt ad perſonæ capturam, (quæ eſt perſonæ executio, & grauior ideircó reputatur, quàm bonorũ, l.in ſeruorũ §.final. in fin ff.de pæn.) iudicis ſententia non præcedente deueniatur; præterquàm ſi ex inſtrumento guarentigio tale pactum continente agatur, quod propter notarij præceptum ex forma ſtatuti illi iniunctum, pro ſententia habetur, vt tradidimus d. clauſula præcedente. Vnde, non valere pactum, vt debitore non ſoluente tempore expreſſo, capi ſtatim poſsit, ſententia iudicis, ſeu iudiciaria cognitione cauſæ, non præcedente, probat Bald. conſ. 318. Iſta captura, num. 4. lib. 4. ſequitur Rip. in l. obligatione generali, num. 27. ff. de pignorib. Contrarium tamen, vt verius probat Barboſ. d.l.alia §.eleganter, num. 43. verſicul. Contrariam, cum relatis ab eo ibi, motus ex eo, quia per prædictum pactum non tollitur defenſio, ſed mutatur ordo à iure præſcriptus; quæ ratio aptè conuenit caſui præcedenti, qui eſt de executione incipienda á perſonæ captura ex vi pacti; at veró præſens caſus eſt de pacto, vt à captura incipiatur iudicis iuſſu, cauſæ tamen cognitione, & ſententia non præcedente; per quod pactum, videtur quód non ſolùm iuris ordo in executione facienda immutetur, ſed & defenſionis facultas in cauſa ipſa auferatur. Cæterùm, & in hac ſpecie, idem quod in illa, cum Barboſ. & alijs quos refert, tenendum eſt, ſaltem de iure noſtro Regio per Ord.d.titul. 76. §. 2. & ſequenti probat, & iudicatum in ſupremo noſtro Senatu fuiſſe, tradit Phæbus deciſ. 15. à nu. 1. cũ ſequentib, Et quidem prædicta ratio huic etiam caſui propriè conuenit; nam, etſi virtute pacti debitor capiatur, & in carcerem detrudatur, defenſionis facultas illi non aufertur, cùm & incarceratus de iure ſuo docere poſsit, vt non rarò euenit. Et diuerſa eſt ratio conuentionis, vt executio debiti abſque ſententia fiat, &, vt perſona capiatur debitore non ſoluẽte; nam, quamuis perſonæ captura grauior reputetur, faciliùs tamen ante ſentẽtiam ad eam deuenitur, quàm ad diſtractionem bonorũ pro exactione debiti, vt videre eſt in debitore ſuſpecto, qui capi poteſt, non tamen bonis executi.

3 Eſt & aliud pactum, cuius cõminiſcuntur Doctor. in materia iſta, nempe, vt ſi debitor non ſoluat conſtituta die, per ipſum creditorem capi poſsit: de quo per Bart. & alios in l.alia §. eleganter ff ſolut. matrimon. & in l. Titio centum. §. Titio centum in 2. ff. ſolut. matrimon. Et communis, ac vera concluſio eſt, tale pactum non valere, idquè non ſolùm vbi conuentum fuit, quòd debitor non ſoluens ſtatuta die, propria creditoris authoritate capi poſſit, & in priuato carcere detineri donec ſoluat; qui caſus extra dubium eſt, & inter omnes de eo conſtat; quod etiam in conuentione iurata tradit Phæb. d.deciſ. 15. n final. ad fin. ſed etiam vbi conuentum fuit, quòd debitor ita captus, in publicos carceres detrudatur. Quam ſententiam in vtroque capite probat Rip. d.l. obligatione, num. 22. & 23. & alijs relatis Baeça d.c.1.nu.35. & ſequenti, Valaſc. conſ. 173. nu. 28. & ſequenti, 2. tom. latè Queſada communem dicens diuerſar. quæſt. iur. c.8. num. 2. & ſequenti, & Barboſ. d.l.alia. §. eleganter. num. 36. & ſequentib. vbi poſt Bart. ibi num. 10. reſpondet ad tex. in l. 3. C. de pignorib. & ita eſſe communem Doctorum reſolutionem eandem ſecutus, dicit Cald de

emption.

emption. & vendition. d. c. 25. nu. 44. vbi alios citat. Pro qua ſententia plurima adducũt, potiſsimùm, quia captura, & carcer, publici iuris eſt, & meri imperij; idcircò priuatorum pactis nequit immutari, neque concedi, l. ius publicum ff. de pact. & quia liber homo, non eſt dominus membrorũ ſuorum, nec paciſci poteſt in libertatis detrimentum; & quia talia pacta, rixarum, & tumultus occaſionem præberent. Et hanc ſententiam expreſsè probat Ord. noſtra d. titul. 76. §. 3. ſubiungit tamen ibi, tale pactum prodeſſe, vt creditor virtute illius interpellare iudicem poſsit pro captura debitoris; quod tradit Baeça d c. 1. nu. 36. in fin Cald. d. c. 25. num. 45.

4 Dubitari verò poterit in propoſito, an, ſi creditor vti volens pactò prout conuentum fuit, omiſſo iudice debitorem capiat, ius crediti amittat? In qua quæſtione pars affirmatiua probari videtur ex Auth. vt non fiant pignorationes, in princip iuncta gloſſ. ibi verb. & ſupplicia, collat. 5. & in Auth. vt nulli iudicum §. quia verò & huiuſmodi collat. 9. vbi, pignorationes in libero homine fieri, prohibentur ſub pæna crediti, & alijs; idem etiam ſuaderi videtur ex eo, quia qui rem aliquam debitoris, aut pecuniam ſibi debitam, propria authoritate aufert ab illo inuito, ius crediti amittit, l. extat ff. eo quod met. cauſ. l. creditores ff. ad leg. Iul. de vi priuat. & idem eſt de eo qui per vim rem ſuam ab alio poſſeſſam occupat. l. ſi quis in tantam. C. vnde vi, Ord. lib. 4. titul. 58. in princip. ſic ergo, facto argumento de re ad perſonas, & quia maior vertitur iniuria, ac maius periculum in captura perſonæ, quàm rerum, dicendum videtur, vt qui pro debiti exactione propria authoritate debitorem capit, quem ſic capere, illi non licebat, ius crediti perdat. Hoc tamen non obſtante, Queſada d. c. 8. num. 14. creditorem excuſat ab amiſsione debiti, ex regul. l. igitur verſicul. Et generaliter, ff. de liberal. cauſ. ſecundùm quam quælibet causa etiam iniuſta excuſat à pæna ordinaria; ad quam euitandam pactũ prædictum ſufficientem præbere cauſam, exiſtimat, licèt creditor extraordinariè ſit per iudicem corripiendus: & ſubdit poſtea in verſicul. Quod tamen, quòd, ſi creditor antequàm ad capturam acceſsiſſet, iuſſu iudicis per debitorem requiſiti monitus fuiſſet, vt ab illa abſtineret, & ille poſtea omiſſo iudice capiat, incidet in pænam d. l. extat, cum alijs.

Ego quidem in quæſtione hac; à pæna amiſsi debiti creditorem liberum ſemper fore, exiſtimo; nec id quidem ex vulgari regul. d. l. igitur, ſed quia pæna commenſuranda delicto eſt, nec debet quis puniri vltra quã deliquit. l. reſpiciendũ. ff. de pæn. porrò, qui virtute pacti debitorẽ capit propria authoritate, quem ſic capere, non licebat, in exactione debiti non delinquit; nec enim debitorem capiendo, pecuniam ſibi debitã extorquet ab illo; ſed in ipſa perſonæ captura delinquit, quam per ſe facere non poterat, etſi in hoc cum debitore conueniſſet; vt igitur in eo puniatur in quo deliquit, capturæ ius amittet, quod illi competebat iudicis iuſſu, & per apparitores illius, ex Ord. noſtra d. titul. 76. §. 3. & ſic eueniet, vt qui virtute pacti requirere iudicem poterat pro captura debitoris, ius iſtud perdat capiendo debitorem authoritate propria.

5 Atque ita apparet, deciſionem d. l. extat, cum ſimilib. cum caſu iſto bene conuenire, tametſi pæna amiſsi crediti, de qua ibi, diſsimilis ſit, in

quam ibi creditor incidit ex Marci Imperatoris decreto, quia in debiti exactione deliquit, pecuniam sibi debitam à debitore extorquendo, vel rem illius pro debito; sic enim tex.ibi, quatenus in re debitoris loquitur, intelligo. Quod secus est in casu nostro. Cui etiã non obstant tex.in d.Auth. vt nõ fiant pignorationes, & d.Auth. vt nulli iudicum §.quia verò, loquuntur enim in pignorationibus factis in vno pro debito alterius; ex quo maior irrogatur iniuria vim passo, maiori idcircò pœna plectenda. Præterea, loquuntur in pignoratione, quam in libera persona fieri, iure prohibitum extat, l.qui filios C.quæ res pignor.obligar poss.c.2.de pignorib. de quo laté per Gloss. & Scribent.in c.ex rescripto, de iureiur. At verò præsens casus nõ est de pignoratione pro debito, sed de captura debitoris ad debiti executionem ordinata, quæ omni iure, seruatis seruandis, licita est.

6 Ad eandem capturæ materiam pertinet quæstio apud Doctores frequens, & ambigua, quam præcedentibus consociam vocat Rip.d.l.obligatione, num. 30.ff. de pignorib. de pacto quo renuntiatur auxilio cessionis bonorum. In qua variant Nostri, & in illa pro vtraque parte plura adducit Vitalis tractat.de clausul. § His peractis, titul.an possit renuntiari beneficio cessionis bonorum; frequentiori tamen calculo humanior opinio recepta est, vt renuntiatio nõ valeat, cum Bart. in l.alia §.eleganter, iuxta fin.ff.solut. matrim.vbi quæstionem istam latè tractat Barbos. num. 48. versicul. Vltimò Bart.hìc, cum sequẽtib.& post relatos ab eo, Bart.opinionem, magis communem esse dicit, & sequitur ibi num. 49. versic.Placet, quam tenent Abb. & communiter Canonistæ in c.Odoardus, de solut. teste Rip.d l.obligatione, num.30.in princ.cõmunem ex alijs refert Couar. in c.quanuis pactum 2.part.in init. nu.6.de pact.in 6. & lib.2.var.c.1. nu. 7.vbi in versicul. Tertiò animaduertendum, sententiam hanc, veriorem esse; dicit, & receptiorem; ex quo eam sinè dubio probare visus est, vt mirum sit, pro cõtraria citari à diligenti & erudito viro Ioã.Gutierr.de iuram. confirmator. 1.part. c.18.num. 1.vbi ille cõmunem etiam probat, & alios refert communem dicentes; quam, veriorem & æquiorem esse, dixit, eam secutus cum relatis ab eo Zeuall.practic. comm. lib. 2.quæst.701.num.1. versic. Sed his non obstantibus; & pluribus citatis vt receptiorem, & humaniorem laté defendit Baeça de inope debitore, c.1.nu.41.& sequenti, etiam si talis renuntiatio iuramento vallata sit, secundùm quod iudicatum fuisse, asserit Guido decis.211.num.1. versic.Sed his non obstantibus, vt iuramentum hoc seruari non debeat, quasi contra bonos moræs sit, regul. non est obligatorium, de regul.iur. lib. 6. subscribit cum moderamine Couar. d. c. 1. num. 7. ad fin probat Barbos. qui vtriusque sententiæ Authores citat d.§.eleganter, num.51.& sequenti, Zeuall.d.quęst.701.num.7.

Potissima autem ratio, qua Doctores in hanc sententiam mouentur, est, quia per renuntiationem prædictam debitor obligat se ad perpetuos carceres, quod speciem seruitutis inducit; tametsi enim qui in carceribus detinetur pro ære alieno, creditoris seruus non maneat, Gloss. final.in l.1. C. qui bon. ced. poss.negari tamen, non potest, per perpetuam in carcere mansionem, libertatem naturalem nimis opprimi, ac coarctari, & multò magis quàm per pactum, quo homo liber

liber aſtringitur, in ciuitate aliqua domicilium habere; quod, inter omnes conſtat, non valere, quia ius libertatis infringit, l. Titio centum. §. Titio cẽtum. 2 ff. de condition. & demonſtr.

Similiter etiam pactum quo nobilis, nobilitatis priuilegio renuntiato, pro æris alieni ſolutione publico carceri ſe aſtringit, libertatem non ita coarctat, vt renuntiatio beneficij ceſſionis bonorum, vt optimè aduertit Couar. d. c. quanuis pactum 2. part. in init. num 6. verſicul. Deinde etiam, & tamen renuntiatio priuilegij nobilitatis, vt nobilis in carcerem pro debito ciuili detrudi poſsit, non valet, ſecundùm plurimorum ſententiam quos refert, & ſequitur Gutierr. de iuram. d. 1. part. c. 16. num. 61 Zeuall. practic. cõm. contra com. lib 2. quæſt. 688. nu. 5. & 6. qui in hoc communes inuicem contrarias retulit, nouiſsimè & eruditè Phæbus deciſ. 48. per tot. vbi pro nobili, non obſtante renuntiatione, in Senatu noſtro fuiſſe iudicatum, refert. Et quanuis verũ ſit, quod qui in quæſtione iſta negatiuam pro nobili amplectuntur, diuerſo alio potiſsimùm nituntur fũdamento, ipſius nobilitatis, totiuſquè ordinis cauſam concernente, quod nihil commune habet cum renuntiatione beneficij ceſsionis bonorum, quæ renuntiatio ſolum ipſum tangit, qui renuntiat; tamen quicquid in illa ſit, in qua cõtra nobilem pro renuntiatione iudicatum fuiſſe in Regio Granatenſi Prætorio, teſtatur Couar. d. init. num. 5. ab hac ſententia in quæſtione illa non diſſentiens, quam probat Baeça d. tract. de inope debitore. c. 16. num. 39. vbi quæſtionem ad vtrãque partem latiſsimè diſputat, in quæſtione noſtra, pars negatiua, vt verior, & communior eſt tenenda, quam in ea Couar. ipſe ſecutus eſt, veriorem, & receptiorem dicens d. lib. 2. variar. c. 1. num. 7. verſicul. Tertiò aduertendum, & Baeça d. tract. c. 1. num. 41. & ſequenti, & alij de quibus ſup. ſi enim, non valet pactum, vt diximus, quo homo liber ad perpetuum in ciuitate aliqua domicilium habendum obligatur, multò minus valere debet pactum, per quod quis perpetuo ſe carceri aſtringit, ſi non habeat vnde ſoluat, ſublato beneficio ceſsionis bonorum.

Et hæc ſententia iure noſtro Regio probanda æquè eſt, etſi definitũ illo ſit, valere pactum quo ſe debitor ad ſoluendum è carcere obſtingit, vt ſup. tradidimus, ex Ord. lib. 4. titul. 76. §. 2. cuius argumento tentauit Cald in commentar. de emption. & vendit. c 25. num. 47. pactum renuntiationis beneficij ceſsionis bonorum eodem iure Regio æquè valere; cùm tamen inter vtrumque pactum, & vtrumque caſum diſcrimen perſpicuum ſit, vt de vno, ad alterum, tanquàm à diuerſis non procedat argumentum; quia pactum quo ſe debitor pro debiti ſolutione carceri ſubmittit omiſſa bonorum excuſsione, non ita onerat perſonam, nec cõprimit libertatẽ; cùm, qui habet in bonis vnde ſoluat, ſoluendo, è carceribus ſtatim liberetur, qui etiam ſoluere potuiſſet antequàm ad perſonæ capturã deueniretur; at veró pactum, quo renuntiatur beneficio ceſsionis bonorum non cadit niſi in inopem debitorem, qui, inquam, non habet in bonis vnde ſoluere poſsit, atque ideo, ſi tale pactum tenet, virtute illius perpetuo carceri tenebitur reus qui ſoluendo non eſt, nec beneficio ceſsionis bonorũ vti poteſt. Apparet ergo, pactum illud ab iſto differre, vt ita quod lex Regia in illo ſtatuti, ad hoc protrahendum non ſit. Quinimò, nec vigore

vigore illius, beneficium cessionis bonorum censeri renuntiatum, dicẽdum est, quippequi hoc demum importet pactum illud, vt omissis bonis à personæ captura incipiat executio; non verò, vt postquam ita incæperit, beneficio cessionis bonorum vti debitor non possit alijs ad id concurrentibus requisitis; quod etiam in pacto iurato ad ius Regium admittit Cald. d. c. 25. nu. 48. in fin. Sic, itaque, in expressa renuntiatione auxilij cessionis bonorum, communi iure, & Regio æquè tenendum erit.

Quod adeò humanitati, pietatiqué innixum est, vt non valeat consuetudo, quòd bonis cedi non possit, secundùm Fabr. in §. final. num. 7. instit. de act. nec princeps supremus derogare illi possit nisi ex iustissima causa, vt cum Bero. decis. 133. num. 2. tradit Baeça d. tractat. de inope debitore c. 2. num. 3. declarando vt ibid. num. 25. Barbos. d. §. eleganter, num. 52. in fin. cuius tamen contrarium tenet Bald. in l. 1. col. 3. in fin. & sequenti, C. qui bon. ced. poss. dicens, ius istud cessionis bonorum, tolli posse statuto, & principis rescripto; & loquens in statuto idem tradit Alex d. §. eleganter nu. 13. versic. per statutum.

7 Quia verò contrariam sententiam in quæstione proposita multi, & multi nominis Authores tuentur, vt videre est apud Couar. Baeçam, Zeuall. & Barbos. vbi sup. pro qua non leue præstat argumentum quod deducunt ex l. fin. C. qui bon. ceder. possunt, per quam, illam in puncto iuris veriorem videri, scripsit Rip. dict. l. obligatione, numer. 30. vltra alia, de quibus Bald. dict. l. 1. col. 3 inter vtramque opinionem displicere non debet concordia, quam posuit Bald. ibid. col. final. versicul. Tu concorda, post vtriusque partis fundamenta adducta, nempe, renuntiationem prædictam non valere ad effectum incarcerationis, ea enim non obstante poterit debitor beneficio cessionis bonorum vti, vt è carceribus liberetur; valebit verò ad hoc, vt debitor facta cessione, de bonis postea acquisitis soluere creditoribus teneatur, deducto tantùm vnde viuat secundùm personæ indigentiam, non secundùm illius dignitatem, ac statũ. Quam Bald. concordiam sequuntur Brun. tract. de cession. bonor. quæst. vigesim. principal. num. 13. Vitalis de clausul. d. §. Hisperactis num. 3. & 4. Baeça d. c. 1. num. 45. Barbos. cum alijs quos refert d. §. eleganter num. 50. in fin. & sequenti.

Pro cuius declaratione notandum est, beneficium cessionis bonorum duo commoda importare, videlicet, vt debitor in carceribus pro debito non retineatur, l. 1. C. qui bon. ced. possunt, & vt de bonis postea quæsitis soluere non teneatur vltra quàm facere possit. l. 4. ff. de cession. bonor. l. ex contractu C. de bon. authorit. iud. possidend. §. final. instit. de actionib. tradit Gom. l. 79. Taur. num. 2. Azeued. l. 4. & 5. num. 4. titul. 2. lib. 6. recopil. quod intelligitur iuxta status ac personæ suæ conditionem, vt clariùs expressit Ord. nostra lib. 4. titul. 74. in princip. vnde, qui beneficio huic in contractu cum creditore gesto renuntiauerit, illo nihilominus vti poterit ad euitãdos carceres, iuxta priorem sententiam, eiusquè potissimum fundamentum, cui sic satisfit; sed de bonis postea quæsitis soluere tenebitur creditoribus, quasi bonorum cessio facta non esset, iuxta posteriorem sententiam quoad hunc effectum accipiendam, deducto tamẽ ex diurno labore, necessario victu, qui non

potest,

poteſt, vt inquit Bald. d. l. 1. col. 4. laborantibus ſubtrahi.

8 Quod eſt notabile dictum, & pro miſeris debitoribus obſeruandũ. Ex eo, namque, infertur, quòd ſi in mercede debitori debita ex operis ſuis, à creditoribus executio prętẽdatur, debeat illi inde ſalua manere portiuncula pro quotidiano victu neceſſaria: quæ tamen ex bonis alijs deducenda non erit, quanuis debitor non habeat aliunde vnde alatur, ſed in cunctis executio fiet ad integram debiti ſolutionem. Et differentiæ ratio eſt; quia etſi in bonis omnibus debitoris, executio fiat, manet illi ſupremum operarum ſuarum, artis, ſi quam nouit, & induſtriæ ſuæ ſubſidium, vnde viuere poſsit; & melius eſt, manibus operari, & laborare pro victu quærendo, quãdo hoc faciebat Apoſtol. qui alieno ære nemini tenebatur, argentum & aurum, aut veſtẽ nullius concupierat, act. 20. quám creditorem debito ſuo fraudare; at verò, ſi in tota operarum mercede executio fieri poſſet non deducto vnde debitor viuat, qui non habet aliunde, omni vitæ remedio priuatus maneret; nec enim laborare, & operas ſuas locare, illi ad vitam prodeſſet, quando inde, vnde viueret, illi non ſupereſſet, totũ auferente creditore. Quod, quàm acerbum, & inhumanum foret, per ſe patet; & quod plus eſt, non ex eo meliorem ſuam conditionẽ faceret creditor; ſciens enim debitor, totam operarum ſuarum mercedem exigere poſſe eum, ſe inopia extrema, ac fame laborante, ab illis abſtineret vtique; non eſt ergo faciendum quod debitori nocet, & creditori non prodeſt, vt ad ſimilem caſum dixit Zeuall. d. quæſt. 701. num 11.

9 Rurſus, eadem ſententia corroboratur ex eo, quia ſi creditor d bonis ſuis alere tenetur debitorem in carcere detentum, aut dimittere eum, qui non habet aliunde, vnde alatur, quanto magis permitti debet illi, vt manducet de laboribus manuum ſuarum, & de ſudore vultus ſui? Quód verò creditor debitorem inopem alere debeat, vel è carcere liberare, communis eſt aſſertio, quam aſcribunt Gloſſæ verb. agnoſcere, in l. final. C. de erogat. militar. annon. lib. 12. quam ſingularem reputant, ac valde ad hoc commendãt citati à Cordub. in l. ſi quis à liberis §. ſolent num. 37. ff. de liber. agnoſcẽd. à Surd. tract. de aliment. titul. 1. quæſt. 71. num. 2. Cabed. decif. 83 nũm. 1. part. 1. vbi hoc vt cõmune tradit, & opinionem hanc, æquiorem eſſe dicit, & probabiliorem, quam ibid. defendit, Cald. de emption. & vendit. c. 25. nu. 49. nouiſsimè Mendes in practic. Luſitan. lib. 3. c. 22. num. 66. Valaſc. conſult. 1. num. 8. tom. 1. vbi tamen aduertit, quòd gloſſ. illa hoc non dicit, ſed loquitur in caſu diſsimili, iuxta tex. ibi, quod etiam notauit Afflict. deciſ. 71. nu. 1. in fin. Cald. d. c. 25. nu. 50. Sed & prædictam communem aſſertionem (ſecundùm quam, ſe non ſemel iudicatum vidiſſe in ſenatu noſtro, aſſerit Valaſc. quod etiam teſtatur Gam. deciſ. 261 num. 1 qui de materia latè agit) exiſtimat idem Valaſc. iure aliquo non probari, ſed ſolùm ratione quadam morali ſuſtineri, propter quam, & propter authoritatem Doctorũ illam tenentium, eam admittit; & hoc ſolummodò in caſibus in quibus debitor beneficio ceſſionis bonorum vti nequit, de quibus in leg. noſtra lib. 4. titul. 74. & prædictam ſententiã in puncto iuris veram non eſſe, ſcripſit Cald. dict. num. 50. ſubdens in num. ſequenti, illam in praxi

praxi admitti non debere, quando debitor incarceratus eleemosynis ali possit, ad quod alios allegat; limitat tamen ibid. num. 52. nisi debitor eius conditionis sit, cui dedecus sit, & ignominia eleemosynis exhiberi.

Quæ sanè scripta Nostrorum prædictam communem ac generalem Doctorum traditionem, satis æquam ac piam nimis restringunt; quam fore seruandam, quia communis est, & habet æquitaté, asserit Surd. d. quæst. 71. num. 3. Nec illa quidem morali solummodò ratione, sed iuridica etiam defendi potest, & vltra adducta per Cabed. d. decis. 83. probatur, quia, vt diximus sup. ita creditor exigere debitum suum potest, vt, si de bonis cūctis debitoris satisfieri illi integré nequeat, & debitor deinde operas suas locet, de mercede illarum superesse ei debeat pro necessario victu; atque ita operarum hanc mercedem quatenus ad necessariū victum pertinet, impedire non potest creditor; multô minus igitur operas ipsas, ex quibus viuere necesse habet debitor, impedire creditor poterit; &, si impedit, iniustè agit, sicut ageret, si totam illarū mercedem sibi exigere præsumeret pro suo debito: porrò, qui pro suo debito illum in carcere detinet qui nō habet vnde viuat nisi ex operis suis, quas illic præstare nequit, illum, vtique, operis suis vti, impedit; quod etsi creditori liceat pro debiti sui exactione, non tamen licet, quando, aliunde debitor vnde viuat, non habet. Quarè vel eum debet alere in carcere, vel soluere é carcere, vt ex operis suis alatur. Idqué non tantùm in casibus, in quibus cessioni bonorum locus non est, sed in alijs etiam, in quibus, bonis cedere potest debitor, si beneficio hoc omisso, quod diuturniorem litem exposcit, & miserabilius est, illo vti, malit. Sunt enim duo hæc prodita inopi debitori remedia, diuersa quidem, inter quæ electio illius est; &, si priùs eligat, vt à creditore in carcere alatur, altero deinceps vti poterit, vt è carcere dimittatur; nec enim casum hunc impeditiuum esse cessionis bonorum, lex vlla, aut vlla iuris, æquitatisue ratio suadet.

10 Nec quidem mirum, durum ne creditoribus videri debet, egenis & carcere detentis auxilijs istis iure succurri, cùm maius aliud fauore debitorum qui non ita paupertate & carceribus grauantur, scriptum legamus, videlicet, in Auth. de fideiussor. §. quod autē, collat. 1. & in Auth. hoc nisi, inde collecta, C. de solutionib. vbi probatur, quòd, etsi aliud pro alio, inuito creditore solui non possit. l. 2. §. mutui datio ff. si cert. petat. debitor tamen qui non habet in ære vnde soluere possit pecunias quas debet, nec rerum suarum inuenit emptorē, (quod de emptore iustum pretium offerente est intelligendum) vnam illarum dare possit in solutum, & creditor accipere tenetur, iudicis æstimatione præmissa; & sic fauore debitoris, aliud ibi pro alio soluitur inuito creditori, non obstāte regul. d. §. mutui datio, vbi Rip. num. 25. requisita ad hoc necessaria adducit, inter quæ vnum est, vt rem meliorem offerat; quod tamen de re debito proportionabili intelligit in num. sequenti cum vtroque Imol. in l. á Diuo Pio §. in venditione ff. de re iudic. & Salyc. d. Auth. hoc nisi, ad fin. nec enim pro paruo debito, res magni pretij distrahi debet, vt ante eos obseruauit glos. penultim. & ibi Bart num. 16 in Auth. hoc ius porrectū C. de sacrosanct. eccles. sequitur Baeça de inope debitore c. 1. num. 47. versicul. Notandum tamen, vbi & num. præcedente

cum

cum ſequentib. de materia d. Auth. hoc niſi, latè per eum; de qua etiam Gutierr. de iuram 1. part. c. 29. per tot. Petr. Surd. qui alios refert, tract. de aliment titul 9. quæſt. 41. ex num. 25.

11 Ego quidem beneficium hoc, ſaluberrimũ duco, ac Principali clementia dignum ad ſubleuandos debitores; non tamen illud à Noſtris practicari video, ſed creditor pro executione ſententiæ contra debitorem obtentæ res illius capi curat, ſub haſta vendendas ſeruato ordine d. l à diuo Pio §. in venditione, &, ſi non inueniatur emptor, addici ſibi poſtulat, vt in § ſi pignora, eiuſdem l. licitatione pretij arbitrio ſuo facta, abſq; vllà iudicis taxatione, ſeu æſtimatione, quam nouiori iure ſtatuit Imper. in d Auth. hoc niſi. & in corpore vnde ſumitur; & ſic euenit, vt beneficium ab eo ibi tantopere commendatum, debitorum cauſa ac fauore introductum, cum magno illorum detrimento in creditorum commodum cedat, dum res miſeri debitoris, pretio, quod volunt, emunt, licitatore alio non inuento Et illi quidem de iuſto pretio non curant, ſed pro iuſto reputant; quod trans dimidiam vel nummo vno ſit, vt non ſubiaceant conſtitutioni l. 2. C. de reſcind. vẽdit. idquè non ſinè magno animæ detrimento quæ cunctis rebus debuit anteponi; quid enim prodeſt homini, ſi vniuerſum mundum lucretur, animæ veró ſuæ detrimentum patiatur? Conſtat veró, læſionem quamlibet, animam ligare, & reſtitutionis onere prægrauare quanuis infra dimidiam iuſti pretij læſio ſit, vt cũ D Thom. 2.2. quæſt. 77. art. 1. ad 1. & communi tradit Rebell. de obligat. 2. part. lib. 9. quæſt. 3. ſect. 1. num. 4. Vnde, quia eccleſia iuſtitiæ cultrix eſt, & auctrix, dixit Gloſſa in c. ea enim § hoc ius porrectum, verb. vt plus. 10. quæſt. 2. quòd eccleſia pro vẽditione rei ſuæ non debet recipere vltra iuſtum pretium; ex quo tradiderunt alij illius Gloſſæ authoritate, quòd ſi plus iuſto eccleſia recepit etiam intra dimidiam, tenetur reſtituere; ſed hoc in foro animæ, & non in contentioſo eſt accipiendum, vt per Pinel. in 2 part. d. l. 2. c. 2. num. 34. in fin. Zeuall pract cõm. contra comm. lib. 2. quæſt. 508 num. 5.

Quarè, vt tanto malo ac creditorum auaritiæ obuiεtur, & debitoribus conſulatur beneficio illorum cauſa introducto, curare debent Practici noſtri coram iudicibus ſententias exequentibus, vt ſentiat debitor in praxi leuamen oneris ſui, quod pro illo ſtatuit Imper. clementer ac legaliter ſimul, vt ipſe ait, in d § quod autem, verſicul Si enim, ita, vt licitatore non inuento, & idem erit non inueniri, ac vile pretium offerentem inueniri. præſertim vt euitetur fraus ſuppoſiti per creditorem emptoris, congrua æſtimatione iudicis præcedente, rem ille accipiat in ſolutum. Aduertendum autem eſt, quòd prædicta iuris remedia & beneficia debitori indulta, perſonalia ſunt; idcircò debitoris fideiuſſor iuuari illis nequit, vt in beneficio ceſsionis bonorum, per tex. ſingularem, & Scrib. ibi, in l. hæres à debitore. § quòd ſi ſtipulator, in. fin. ff. de fideiuſſorib. vt commune tradit, & probat Gom. in l. 79. Taur. num. 2. ſequitur Azeued. in l. 4. & 5. num. 6 titul. 2. lib. 6. nou. recopil. vbi tex. illum notabilem dixit, Zeuall. d. quæſt. 70. num. 12. vbi num. 14. & ſequenti contrarium tradit cum alijs quos refert, in dilatione debitori ad ſoluendum indulta per maiorem partem

Decalog lib 3. c. 12. num. 5. vbi sententiam hanc communissimam vocat, verissimam, & vbique receptam, & num 11 & 12. vbi nuncupatim loquitur in contractibus iure irritis qui iuramento robur validitatis assumũt, & pro eadem sententia innumeros ibi citat Authores Author ipse diligentissimus.

1 Non tamen semper firmior aut validior manet conuentio cum iuramento celebrata; si enim illa iure non valeat propterea quód contra bonos mores sit, seu contra publicam vtilitatem principaliter, iuramento non corroborabitur, quia, iuxta iuris regul. obligatorium non est, tale iuramentum. Hinc innumeras excitant Doctores quæstiones in cõuentionibus, ac renuntiationibus quæ secundúm leges non valent, an ex iuramento præstito firmitatis robur accipiant? Et decem causas, ex quibus contractus iure non subsistunt, memorat Gregor. Tholosan. Syntagmat. iur. lib 50. c. 5. num. 3. secundùm quas, de iuramento confirmatorio contractibus apposito, eleganter differit ibi in numer. sequentib. Omnium autẽ vera resolutio pendet ex intellectu regulæ c. non est obligatorium, de regul. iur. libr 6. l. si quis inquilinos §. final. ff. de legat. prim. quæ communiter intelligitur in iuramento quod bonis moribus naturalibus, aut canonico iure inductis repugnat, secus si ciuilibus tantúm moribus resistat; quæ fuit Bald. distinctio in l pactum, quæst. 19. C de pact. quam alij communiter sequuntur secũdúm Couar. in c. quanuis pactum. 2. part. in init. num. 1. de pact. lib. 6 vbi alia vtitur distinctione, quæ cum mente communis conuenit; & aliam alios secutus probat Cald. in commentar. de emption. & vendit. c. 30 n. 8. aliam Molin. Theologus de iustit. & iur. disput. 149. ex versicul. His exemplis, tom 1. vbi in fin. disput. illius ait, regulam á se traditam ad dignoscendum quando iuramento contractus confirmentur, aut non, meliorem esse, quám quæ traditur á Couar. & á iuris Peritis alijs. Communẽ verò sequitur Tholosan. dict. cap 5 num. 4. & alijs citatis Roland. á Valle cons. 70. num. 32. & sequentib. libr. 2. Gutierr. de iurament confirmat. 1. part. cap. 3. num. 5. Azor. institut. moral. libr 11. cap. 7. post princip. iuncto versicul. Sed concessis, 1. tom. Sanch. de matrimon. libr. 1. disputat. 32. num. 1. tom. 1. vbi communissimam hanc dicit distinctionem, qui idem repetit pluribus pro ea citatis & eandem secutus in Decalog. dict. libr. 3 cap. 9. num. 30. Less. de iustit. & iur. libr. 2. cap. 17. dubitat. 7. numer. 51. circá princip. & post alios laté prosequitur Suar. de Religion. tom. 2. tractat. 5. libr. 2. cap 21. cum duob. sequentib vbi multis hinc inde adductis, veram nihilominus censet communem hanc traditionem c. 22. num. 7. Et illa quidem tenenda est, etsi eam, eiusqué Authorem audacter reprehendat Chassan. in consuetud. Burgund. rubric. 4. §. 7. folio, in libro meo, 166. versic. Et quod ista sit opinio.

2 Hinc est, quòd quia bonis moribus ciuilibus inductum est, vt donationes inter coniuges non valerent, l. 1. ff de donat. inter vir. & vxor. eæ adhibito iuramento corroborentur, vt per Gail. libr. 2. obseruat. 40. num. 2. vbi communem dicit, & sequitur, & cum relatis ab eo tradit, & receptum refert Barbos in l. alia §. eleganter num. 26. versicul. Vnde licèt. ff. solut. matrimon. communem etiam vtriusque iuris Doctorum referr,

fert,& sequitur Azor. d. c. 7. versic. Sed concessit,& rursus lib.11.c.10.de donation. quæst.3. tom.3. Rebell. de obligat lib.1.quæst.9. versic. Secunda conclusio, numer. quarto. 2. part.& plurimos communem & magis communem attestantes citat Gutierr.d c. 3.num. 4.vbi num. 7. veriorem dixit, & magis communem,& ab illa minimè recedendum, tametsi aduersùs eam latè contendat Chassan. loco sup.citato.Idem est de contractu minoris iuramento confirmato, Auth. sacramenta puberum C.si aduers. vēdit.iuncta sententia Gloss.ibi,quæ cōmunior est vt fatetur Cald.in l si curatorem, verb.minoribus num. 2.versicul.Quæ sanè C.de in integr.restit. minor.tametsi in num.seq. contrariā in puncto iuris veriorem esse, sentiat. Sed cū Glossa in d.Auth. sacramenta puberum,tenet Gutierr.ibi, num.11. cum sequenti,vbi,communem & receptissimam omnium sententiam à Gloss. vsque ad Modernos esse, ait, passim & communiter receptam ait Mauric.de restit.in integr. c.309. in fin.sequitur Barbos.in 5.part.l.1.ff.solut.matrimon. num. 74. Rebell. sup. Azor.d.versicul.Sed concessis, in fin. & rursus lib. 6.c.14.col. final.versicul. Quæres,an minor.3.tom.vbi de communi quoque testatur, Sanch. qui plures more suo refert, super Decalog.lib.3.cap.12.num.12.versicul.Prætereà, & pluribus citatis Azeued.l.6. titul.10.lib.9.num.17.cum sequentib. vbi refert,quód hanc opinionem totus mundus obseruat, & tamen contra dispositionem d.Auth. sacramēta, vnde illa profluit, exclamat ibi.Idem eadem ratione procedit in pacto renuntiationis hæreditatis paternæ in specie.c. quanuis pactum,de pact.lib. 6. Et alia similia prosequitur Marienç.l. 2. titul. 2. libr.5. ordinament. gloss. 3. à numer. 2. latissimè, & ex instituto Gutierr. dict.1 part. tract. de iurament. confirmator. ferè per tot. Parlador. quotidian. libro. 2. cap.4.

3 Tunc verò cognoscetur, iuramentum naturalibus moribus, aut iure Canonico inductis resistere, vt obligatorium non maneat, nec contractus cui adijcitur, cùm ex implemento illius, alterius præiudicium emergat, aut aliquod salutis æternæ dispendium; hæc enim est norma ad quam in hac materia respicere debemus,à Sum.Pontific.non rarô tradita, vt in c.si verò,& in c.cùm contingat in fin.de iureiurand.& in d.c.quanuis pactum, c.cùm dilectus,de his, quæ vi met.ve caus. fiunt; quam latè & eleganter declarat Barbos. in d.l.alia §. eleganter num. 28. cum sequentib. inde inferens num.31.versicul.Ex hac etiam ratione, & num.34.ad pactum de quo ibi, vt nec cum iuramento valeat, Gloss.ibi in fin. sententiam, & communem secutus; quia conuentio, vt maritus pro dote vxoris teneatur vltra quàm facere possit, bonis moribus repugnat,& de naturalibus intelligit,inquiens,iuramētum super eam præstitum non posse à marito obseruari absque peccato.Cuius tamen cōtrarium tenent alij,relati ab illo ibid. num.25.in fin.& receptum asserit Ias. in l.maritum num.35.ff.solut.matrim. sequitur Mench. de success. creat.§. 28. num. 18. & sub dubio Gutierr. dict.1. part.de iuram.cap.16.num.49. Nec hoc incoloratè quidem; quia non videtur securé dictum, quod Barbos. supponit, peccare maritum, qui dotem soluere cū iuramento promisit, non vsurus priuilegio d l.maritum, hanc pactionem seruantem; quæ enim in illa bonorum morum, quorum meminit Iurisconsult. in d.§. elegan-

eleganter, offensio est, ex parte mulieris est; quod non excusat maritum, quòminus iuramentum à se præstitũ Deo reddat, vt in c. debitores, de iureiur. Responderi tamen potest communem sustinendo, maritum quidem perniciosi exempli rem agere, dum paciscitur cum iuramento, contra reuerentiam maritis ab vxoribus debitam (quæ reuerentia diuino & humano iure illis debita est) vt dos ab illo vltraquâm facere possit, exigatur; atque ita in hoc peccare, quòd violandæ reuerentiæ maritalis offendiculum præbet, & perniciosum exemplum, idcircó tale iuramentum nõ fore seruandum iuxta d. c. cùm cõtingat, in fin.

4 Cæterùm, vt ad regulam propositam redeamus, obstare illi, videtur, iuramentum de non reuocando testamento; quod testatorem non arctat, quòminus reuocare testamentum liberè possit, tanquàm contra bonos mores præstitum iuramentum, vt cum Bart. in l. si quis in principio, col. final, ff. de legat. 3. communi calculo receptum est, secundùm Alex. in l. stipulatio hoc modó concepta. nu. 5. ff. de verbor. obligat. Cyn. in l. 1. col. final. C. de sacrosanct. eccles. vbi hanc ego sententiam secutus fui in init. 6. part. tenet Molin. alijs relatis de primogen. lib 4. c. 2. nu. 2. & plures hanc sententiam tenentes, & communem dicentes citat Gutierr. eandem secutus d. tract de iurament. confirmat. 2. part. c. 1. num. 2. versicul. Secunda opinio, Parlador. d. lib. 2. c. 4. nu. 39. quam Legistarum communem fatetur Couar. in rubr. de testament. 2. part. col. 12. ad med. etsi ipse eam non sequatur quatenus à periurij labe testatorem excusat, contrariam in hoc communem dicens ex relatis ab eo ibid. in versicul. Tertia igitur opinio; cui magis adhæret Cald. in l. si curatorem, verb. minoribus num. 5. in fin. C. de in integr. restit. minor. & rursus idem Author in commentar. emption. & vendit. c. 30. num. 34. & sequenti, & sequitur Gutierr. d. c. 1. num. 5. vbi refert, opinionem hanc, communem Canonistarum esse, & Legistarum communem cum Bart. in contrarium; quam Canonistarum sententiam, omnino esse tenendam, asserit Less. de iust. & iur. lib. 2. c 18 dubit. 8. num. 95. & ante eum Molin. de iust. & iur. disp. 151. versic. Contrariã sententiã, tom. 1. vbi pro ea latè contendit; & sequitur quanuis dubius Suar. de religion. tom. 2. tractat. 5. lib. 2. c. 23. num. 2.

Videtur veró, quòd stante ratione, quam ad Bart. & Legistarum opinionem assignauit, & probauit Gutierr. d. c. 1. num. 2. eandem quoque sentẽtiam in hoc sequi debuisset, est enim ratio quam assignauit ibi in versic. Quæ quidem communis, quia iuramentum intelligitur secundùm naturam primordialem actus cui interponitur; quod est frequens iuris axioma, de quo in l. final. C. de non numerat. pecun. & post alios explicant idem Gutierr. de iurament. 1. part. c. 37. Couar. in c. quanuis pactum. 1. part. §. 4. de pact. lib. 6. nouissimè Sanch. in præcepto Decalog. lib. 3. c. 17. nu 13. Ideo, sicut vltima voluntas, primordiali natura sua reuocabilis est, secũdùm eandem naturam iuramentum illi appositum accipi debet, adeò vt, etsi testator cum iuramento promiserit, non reuocare testamentũ, tacita subintelligatur conditio, nisi aliud postea ipsi placuerit, iuxta vltimæ voluntatis naturam, cui à iure hæc inest conditio; quæ quidem, ratio testatorẽ excusat á periurio reuocare volentẽ; & tamen Gutierr. qui eam probauit, illum non excusat, contra Bart. & cõ-

munem Legistarum.

Sed & in totum à Bart. & cõmuni recessit Specul. titul. de instrumẽtor. edition. §. Cõpendiosè, versic. Quid si quis iurauerit, num. 25. & sequenti, tenens, adeò iuramentum, testamenti primi reuocationẽ impedire, vt posterius non valeat; idquè ex eo, quia tale iuramentum non redundat in præiudiciũ alterius præterquàm testatoris ipsius, cui licitum iure est, de rebus suis ad libitum disponere, & sinè salutis æternæ dispendio seruare illud potest; in quo enim peccat homo non reuocando testamentum quod ritè & liberè fecit, &, non reuocare, cum iuramento statuit? Et hanc sententiam sequuntur alij quam cõmunem Canonistarũ tradit Alberic. in l. 1. circà finem C. de sacrosanct. eccles. prout refert Iul. Clar. in §. testamentum, quæst. 94. versicul. Sed quid. Et licèt contrariam opinionem veram putauerit Molin. hanc tamen in praxi fore tenendam scripsit, & in effectu sequitur d. disput. 151. versicul. Saluo, ait enim, aduersus hæredes in posteriore testamento scripto sijs qui in priore fuerant actionẽ competere pro eo quod sua intererat, promissionem iuratam non reuocari; idquè tam in exteriori foro, quàm in animæ iudicio probat, & posteriorem hanc sententiam sinè controuersia sequitur Azor. d. lib. 11. c. 7. versicul. Sed concessis.

Sustinendo tamẽ priorẽ cõmunem sententiam, in cõmentar. d. l. 1. dicebã, iuramentum prædictum, alienæ mortis captandæ, vel etiam insidiandæ occasionem secum ferre, in quo æternæ salutis dispendium considerabam, vt obligatorium non esset. Cæterùm, quia multa sunt, in quæ alteri post mortẽ alterius irreuocabile ius competit, nec tamen illa alienæ mortis captandæ obtentu improbantur, vt videri est in substitutionibus, & primogenijs, quæ post mortem vnius alteri deferuntur; nec captandæ mortis ocasio in consideratione est quò minus dispositiones hæ valeant, quas in tota Hispania frequentissimas videmus; & licitas esse, maioratuum institutiones, consuetudines, & leges, tradit Couar. lib. 3. var. c. 5. num. 5. versicul. Tertiò, Simanc. de primogen. Hispan. lib. 1. ex c. 16. cum sequentib. & pluribus citatis comprobat Molin. de Hispanor. primogen. lib. 2. c. 1. nu. 3. cõmunem ait alter Molin. de iust. & iur. tom. 3. disput. 578. num. 3. ideo pro resolutione præcedentis difficultatis putabam modò, securiùs dici, iuramentum de non reuocando testamento, actus substantiæ directò opponi: idcircó non valet, quia iuramẽto non potest confirmari actus qui deficit in forma illi à iure statuta, iuxta Bartol. doctrinam in l. si quis pro eo, num. 14. ff. de fideiussor. quam sequitur Tholosan. syntagmat. iur. lib. 50. c. 5. num. 10. & communi omnium consensu receptam esse, profitetur Couar. in d. c. quanuis pactum. 2. part. §. vltim. num. 2. Mench. de success. creat. lib. 3. §. 29. num. 3. Azeued. in l. 1. titul. 1. lib. 5. nou. recopil. nu. 28. cuius ratio est, quia forma est quæ dat esse rei, l. Iulianus §. item si quis ff. ad exhibend. tradit Euerard. in locis legal. lib. loc. 10. à defectu formæ, in princip. vbi pulchrum ad hoc vocat tex. in l. mulieris §. 1. ff. de verbor. significat. vnde deficiente forma, non reperitur actus qui iuramento possit cõfirmari. Nunc verò, quæ est alia testamenti forma, seu substantia, quàm libera, spontaneaquè solennis hominis voluntas, eaquè vltima, de eo quod quis post mortem suam sibi fieri vult, vt constat ex definitione illius in l. 1. ff. de testam.

testament. & ex d l.1.C.de sacrosanct. eccles.? Vnde, si promissio, & iuramētum de non reuocando testamento valeret, ita vt testator contraria solenni voluntate reuocare illud non posset, quid inde sequeretur, nisi pro testamento esse, eiusquè vim & virtutē habere, quod supremam testantis voluntatem non contineret? Hoc ergo, quia actus substantiæ repugnat, iuramento induci nequit, nec iuramentū super eo præstitū obligatorium est, tanquàm super impossibili præstitum, cuius nulla obligatio est, l.impossibiliū ff de reg.iur. quemadmodum si contrahentes iurarent, emptionis & venditionis contractum absque pretio celebrare, aut locationē absque mercedis interuentu; quia enim de substantia venditionis & emptionis, est pretium, & merces de substantia locationis, ita vt finé mercede locatio non intelligatur, nec venditio finè pretio, possent iuramento non obstāte, tanquàm actus substantiam offendente; venditionem cum pretio, & locationem mercede interueniente celebrare absque periurij metu, in eo duntaxat peccantes, quôd temerè, id est, in vanum, nomen Domini assumpserunt. Sic ergo, qui iurat, testamentum non reuocare, non obstringitur iuramento quod actus substantiam lædit, quòminus posteriore testamēto solenniter facto, reuocare primum liberè possit. Atque ita euenit, quòd etsi absque dispendio salutis æternæ iuramentnm in hoc casu seruari possit, quia absque dispendio salutis æternæ cum testamento illo testator mori possit, ex alio tamen tale iuramentum obligatorium non est, nempe, quia sublata actus substantia cui opponitur, super impossibili emissum apparet, cuius idcircò obligatio nulla est, d. l. impossibilium; impossibile, quippe, est, esse testamentum, & supremam ac liberam voluntatem non cōtinere, vt diximus.

Qua ratione probandum idem erit circà speciale legatum, quod testator non reuocare iurauit, vt ampliat Parlador. d.c.4.num.39. secundùm Bald. ab eo relatum in l.sancimus in fin.C. de testament & cōmunem ex Claud. in l.stipulatio hoc modo concepta ff: de verbor.obligat.

5 Ad eandem rationem pertinet pactum cum aliquo initum, seu stipulatio de instituendo eum in hæredem; quod nullius momenti est d.l. stipulatio hoc modo concepta l.ex eo. C.de inutilib.stipulat. & Doctor. vtrobique communiter, cum alijs de quibus Gom.in l.22.Taur.num.17.& in l.69.in princip. Quod pactum, seu stipulatio nec cum iuramento valet, vt tradunt Bart.in d. l. stipulatio, num.3.& alij communiter, Gom. d l. 22.Taur.n.17.Cald.de empt.& vendit.c.30.nu.5.Ord. nostra lib.4.titul. 70.§.3. Cuius ratio cōmunis est, quia tale pactum aufert testandi libertatem l.pactum quod dotali, in fin.C. de pact. idcircò non valet pactum, nec iuramentum super eo præstitum, quo libertas ista spontaneæ volūtatis, quæ est de testamenti substantia, infringitur, iuxta communem Bart. doctrinam in d.l.si quis pro eo, num.14. ff. de fideiussor. vt diximus ad casum præcedentem; & in hoc consistit bonorum morum offensa, quæ dicitur in d.l. stipulatio hoc modo. Vel etiam dici potest, quòd si boni mores de quibus ibi, eiusmodi sunt, quorum transgressio secum non ferat dispendium salutis æternæ ex parte promittentis, nihilominus satis est quod offendantur, vt stipulatio non valeat, vt ibi; iuramentum veró super eam præstitum non obligat, quia est contra

tra actus substantiam, vt obseruauimus ad præcedentem casum. In illó autem differt hic casus á præcedente; quòd in isto non solùm non valet pactum, sed nec testamentum valebit, quod testator condidit pacto aut iuramento compulsus, existimans, se eo teneri; debet enim ad testamenti factionem vnusquisque libera, & non coacta voluntate accedere; at verò in casu præcedente valet testamentum liberè conditum, solùmque clausula de non reuocando, cum iuramento expressa, qua actus substantia læditur, inutilis manebit.

6 Huc etiam spectat communis traditio, qua obtentũ fuit, non valere donationem omnium bonorum præsentium & futurorum, nec quidem iuramento vallatam, quia per eam aufertur libera testandi facultas, vt ex alijs communẽ refert Couar. in rubr. de testament. 2. part. nu. 4. Gom. qui eam sequitur d. l. 69. Taur. num. 4. & Gam. noster decis. 386. nu. 2. Iul. Clar. in §. donatio, quæst. 20. nu. 1. Parlador. lib. 2. quotid c. 4. num. 45. & ex pluribus, quos refert, communem tradit, & sequitur Gutierr. d. tract. 1. part. c. 11. num. 11. Cald. d. c. 30. num. 6. Alij veró in contraria sunt sententia, talem donationem cum iuramento approbantes, quos refert, & sequitur Didac. Couar. d. 2. part. rubr. num. 5. & 6. & post eos idem tenet Azor. d. lib. 11. c. 7. versicul. Sed concessis, Suar. de. Religion. tom. 2. tract. 5. lib. 2. c. 23. num. 7. & 8. vbi in fine. ait, sententiam hanc satis communem esse apud Iuristas, quam probat cum distinctione de qua ibi per eum. Et illam tenentes mouentur ea potissimùm ratione, quia bonis moribus non aduersatur, naturalibus saltem, quemquam sibi testãdi potestatẽ auferre, vt probat Fortun. in tract. de vltim. fin. iur. illat. 20. versicul Tertius casus, relatus á Didac. d. num. 5. versic. His ergo rationibus; vbi addit in confirmationem eiusdẽ opinionis, Bart. & cõmunem sententiam in l. final. C. de pact. quæ probat, donationem omnium bonorum præsentium & futurorum ecclesiæ factam valere; quæ vtique non valeret, vt ille argumentatur, si esset contra bonos mores, saltem illos, qui turpitudinem præseferunt, si violentur; quod satis est, vt ex iuramento talis donatio robur firmitatis accipiat. Quam etiam sinè iuramento valere, contra receptissimam ferè omnium sententiam, non desunt, qui affirmẽt, quos refert Couar. d. num. 6. sequitur Mench. de succ. creat. lib. 2. § 18. nu. 292. latè Coras. lib. 6. miscel. c. 17. ex num 2. cuius fundamenta, debilia vocat Gam. decis. 206. num. 4. in princ. quæ sigillatim, & eruditè confutat d. decis. 385. ex. num. 3.

Ego quidem communem sententiam probo nedum in donatione simpliciter facta, sed in iurata etiam, quo etiam casu communi assentit Ord. nostra d. lib. 4. titul. 70. §. 3. idquè diuersa ratione ab ea quam scripsi ad præcedentes casus; quorum ratio est, quia in illis iuramentum actus substantiam lædit; quæ ratio hìc non quadrat, quia donationis naturæ, substantiæ ve non repugnat, quód ea de omnibus bonis fiat præsentibus & futuris. Donationem tamen hanc, & iuramentũ pro ea præstitum non debere seruari, existimo, quia vergit in dispẽdium salutis æternæ, iuxta rationem expressam in d. c. cùm contingat, in fin. de iureiur. cum concordant. Pro cuius declaratione aduertendum est, pro salutis æternæ dispendio, non solùm intelligi lethale crimen, sed etiam veniale, vt probat Barbos. in l. alia §. eleganter, num. 30. ad fin. & sequenti ff. solut.

ff.solut.matrim Im̃ ò,etsi actus in se ab omni culpa innoxius sit, proficiendi tamen in melius viam præcludat, aut arctet,iuramentum pro eo præstitum, quasi salutis æternæ dispendium præ se ferens,non erit obseruandum;in ijs, namque, quæ ad salutem æternam pertinent, non proficere, est deficere; & qui hoc modo deficit, patitur dispendium non leue. Ad quod pertinet donatio omnium bonorum præsentium & futurorum; per eam enim donator testandi viam sibi præcludit, & per consequens, proficiendi in viam salutis sibi adimit potestatem;regulare,namque,est,homines in testamentis suis,& vltimis voluntatibus, saluti animæ suæ maximé cõsulere solere;vel enim,malè ablata restitui,iubent;quod necessitatis est; vel liberaliter in pias causas testãtur;quod est consilij; vel,denique,etsi ad causas prophanas testamenta condant,nemo est, qui à pietate exordiũ non sumat in vltimo elogio suo,Missarum sacrificia pro anima sua offerri, præcipiẽs,& alia ad salutem æternam maximè conducibilia. Apparet ergo, donationem, facultatem hanc auferentem,bonis moribus,& naturalibus quidem maximè aduersari. Ex quo deterioris conditionis eam iudico, quàm pactum de instituendo aliquo in hæredem;hoc enim pactum, quãuis aliũde improbetur, salutis æternæ progressibus non ita obstat, cùm non impediat, illo hærede instituto, pias alias dispositiones pro salute animæ in eodem testamento, vel codicillis facere; quod secus est in donatione prædicta; quam idcircò iuramentum non confirmabit,tanquàm cuius obseruatio dispendium salutis æternæ,& interdum etiam iacturam illius præ se feret.

Ex quo apparet solutio difficultatis à Fortun. & Couar. illum sequente contra communem adductæ; facilè enim. tolletur, respondendo, quòd etsi qui testandi facultatẽ sibi adimit, mortale peccatũ nõ committat, neq; veniale; talis tamen ademptio cõtraria bonis bonis reputari debet, quia apta nata est, non leue salutis æternæ dispendium secum importare; quod satis est, vt super eam prestitum iusiurandũ seruari non debeat.d.c.cùm contingat,cum simil.b.

8 Addo in confirmationẽ quæ á Doctoribus traduntur circà iuramẽta de non faciendo aliquo,quod,etsi,nõ facere, peccatũ non sit,facere tamen, melius est,& opus cõsilij,& supererogationis,cuiusmodi sunt iuramẽta de non mutuando,de non fideiubendo, de non dando eleemosynam extremè non indigentibus; quæ quidem iuramenta, quia boni operis impeditiua sunt,tametsi contrarium eius peccatum non sit,obligatoria non sunt, & propria iurantis authoritate possunt infringi,vt tradit Nauarr. in manualì Latino c. 12. num.17.secutus D.Anton.ab eo relatum 2.part titul.10.c.6. §. Tertius casus. Et addit Nauarr. quòd, etsi sinè peccato huiusmodi iuramenta seruari possent, melius est, illa non seruare; & ex D. Thom. & alijs quos refert, idem probat Couar. d.c.quanuis pactum.1.part.§.6.num.7. latiùs Gutierr.de iurament. d.1.part. c.72.num.5. cum duobus sequentib. Pater Rebell. de obligation. lib.1. quæst.9. prope fin. 2. part. Cald.de emption.& vendition.c.30.num.21.& sequenti, Thom. Sanch.in præcepta Decalog.lib.4.c. 8.num. 18. vbi alios citat, & sequitur Pater Suar. cum distinctione tamen,fieri enim potest, vt aliquando propter concurrentes aliquas circunstantias iuramenta hæc obligent, vt videre est apud eum in com.

commentar. de Religion. tom. 2. tract. 5. lib. 2 c. 17. num. 12. & sequenti, quod & alij tradiderunt relati & secuti à Sanch. d. n. 18. versic. At valeret. Iuxta quam resolutionem, etsi, qui iuramento testandi facultatem sibi præcludit, seruando iuramentum non peccet, quia tamen, testari melius est propter animæ bonum inde secutum, tale iuramentum obligatorium non est; & per consequens, donatio omnium bonorum præsentium & futurorum, illo non confirmabitur.

9 Ad communem verò sententiam, quæ probat, talem donationem ecclesiæ factam valere, responsio est in promptu; ideo, namque, valet, quia ad piã causam donatio est, per quam prudenter satis animæ suæ á donatore consultum est, ita vt ad hoc testamenti factio illi opus non sit, qui cautiùs & prudentiùs egit, bona sua pié expendendo in vita sua pro anima sua, quâm committere alijs expendenda post mortem suam, B. Luciæ virginis ac martyris consilium, quod & opere illa compleuit, secutus; cui Mater opulentam ad terrestres nuptias cõparauerat dotẽ; sed Virgo postulauit ab ea, vt quod sibi eunti ad hominem mortalem in corruptionem datura esset, daret eunti ad immortalem Dominum Iesum Christum, virginitatis suæ Custodem; qui, etsi in persona sua nullius indigeret, in membris tamen suis, id est, in pauperibus suis indiget; cui Mater, *Tege*, inquit, *prius oculos meos, & postea fac de omnibus quicquid vis*; respõdit B. Virgo, *Non est magnum, dare Deo, quod perferri non potest, viuens ergo, da Christo quod possides, quia illud est meritum*; assensit Parens piæ Filiæ postulationi: & illa, quæ lucis, nomen ferens lucis opera proferebat quasi nomine suo condigna, illiquè consentanea, obtenta à Matre dispersit, dedit pauperibus. Quarè, in proposito nostro casu, de donatione bonorum omniũ ecclesiæ factam, donationem ita piam, & ad salutem proficuam, absit, vt bonis moribus contrariã dicamus, quæ potiùs laudabilis est; quanuis inde sequatur, testandi potestatẽ auferri; vt in illo quoque videri est, & laudabiliùs quidem, qui per religionis ingressũ se suaquè Deo dedicat, ex quo, testari posse, desinit, Auth. ingressi C. de sacrosanct. eccles.

10 Hæc autem quæstio, & aliæ similes de iuramento in cõtractibus adhibito, apud nos non sunt in vsu, vt prædiximus sup quia legem habemus, quæ prohibet in contractibus apponi iuramenta promissoria, cum clausula irritatoria ipsorum contractuum, & pœna contrahentium, Ord. lib. 4 titul. 73 in princ. vnde, cùm eo ipso quód contrahentes iurant seruare contractum, contractus ipse irritus maneat, frustra queritur, an per interpositum iuramentũ, contractus aliàs nullus, robur suscipiat; lex enim illa generalis est ad contractus omnes, tam qui iure non valent, quàm qui valent; & ita apud nos in omnibus communiter practicatur, vt testatur Valasc. cons. 99. numer. 10. tom. 1. & Cald. in l. si curatorem, verb. minoribus, numer. 4. Cod. de in integr. restitution. minor. licèt ipse contrarium verius sentiat ibi. & rursus in commentar. de emption. & vendit. c. 33 num. 19. Hispanos secutus quos allegat, ad interpretationem l. 6. titul. 1. lib. 3. ordinamenti. hodie l. 11. titul. 1 lib. 4. nou. recopil. quæ sunt leges nostræ similes, prohibentes iuramentum cõtractibus apponi; quas communiter Hispani Interpretes intelligunt in contractibus per se validis, & non in illis qui iuramẽto validi efficiũtur; & ita accipiunt Couar d. c.

quanuis

quanuis pactum 1 part § 3 num 8. & alij citati á Gutierr in repet l. nemo potest, num. 47. ff de leg 1 & in Auth. sacramenta puberum, num 156 C si aduers. vendit. qui vtrobique citat Menes in l. 2. num. 35 C. de rescind. vendit. communem dicentem, quem etiam, & alios retulit Azeued d. l. 11. n. 17. & præter eos idem tradidit Molin. de primogen. lib. 2 c 12. num. 50. & Molin. Theolog de iust. & iur. disput 149 versicul. Quod ad potestates veró, ad fin versiculi, tom. 1. post omnes Rebell de obligation. lib. 1. quæst. 9. in princ. versic Nec item. 2 part. vbi & ad leg nostram idem æquè sentit. Sed, quod ad Hispanos attinet, cessat iam quæstio, quia leg Regia 12. d. titul. 1 lib 4. expresse declaratum extat, iuramenti prohibitionem, in contractibus qui sinè eo valere iure non possunt, intelligi non debere.

Apud nos veró, verius puto, legis prohibitionē omnes cōprehendere; quod & praxis nostra approbat in omnibus æquè recepta: & ita probant Pinel. (licét pro contraria sententia illum citet Cald dict cap. 33. num. 29.) in l 2. 3 part. cap. 1. num. 12. versic Contra, C de rescind. vendit & Valasc d cons 99. num. 10. Et bene quidem, quia verba legis generalia sunt in omnes, & ratio omnes æquè comprehendit, tam qui per se valent, quàm qui sinè iuramento non valent; siue ratio sit, periurij occasio, quam Legislator tollere intenderit, siue propriæ iurisdictionis conseruatio, ne propter iuramēti religionem, negotium inter sæculares ad ecclesiasticam curiam deuolueretur, iuxta c. final. de for. competent. lib. 6. cuius tex decisionem, insignem ad hoc vocat Gutierr. de iurament. confirmat. 3 part c. 12. num. 2. vbi concordantes allegat. & de eo Sanchez in præcepta Decalog lib 3 c. 13 à num. 11 cum sequentib. Vtriusque veró rationis ad leg. prohibentes iuramentum in contractibus apponi, meminerunt Pinel. & Valasc & posterioris Cald. vbi sup. quæ potissima videtur ad leg. prædictas cuius etiā solius meminit Cost. in l si ex cautione. fallent. 10. ad fin C. de non numerat. pecun. Couar. d § 3. num. 8. & vterque Molin. vbi sup Rebell d. quæst. 9 in princ versicul. Ratio præcipua. Et quāuis d. l. 11, Castellæ vltra hanc, aliarum etiam meminisset ad sic statuēdum, communiter tamen Doctor Hispani, ad leg. Regias hanc vt potissimam obseruant, licét hoc non placeat Ioan Gutierr. d Auth sacramenta puberum, nu. 155. qui ad ibi dicta se remisit d. c. 12. nu. 9. vbi tamen solam iurisdictionis causam adducit alijs citatis.

11 Dubitant etiam Doctor. circà validitatem istarum legum; contra quas varias excitant difficultates; & secundúm Pinel. d c. 1. num. 11. Parlador. quotid. lib. 2. c. 4. nu 53. in princip. sunt qui putent, eas non valere. Et dubitandi ratio est, quia principes sæculares iuramenti vim tollère non possunt; quam tollere, videtur, infirmando contractus qui propter iuramentū firmiores esse deberent, adeò vt, & qui aliás sinè iuramento, infirmi iure erant, firmitatis robur eo suscipiant, iuxta sacrorum Canonum statuta. Prætereà stante hac legis irritatione, vel est dicendum, quód, qui iurauit seruare cōtractum, liberé ab eo absque periurij peccato resilire posit, vel cum peccato; primum, est manifestè falsum; secūdum affirmare, periculosum: ex eo, namque, sequeretur, periurij authorem, Legislatorē fieri, contra l. 1. C si aduers. vendit. Denique, contra libertatem ecclesiasticam, eiusquè iurisdictionem lex lata

videtur,

videtur, maximè si ad eius conditionem ratio illa attenditur, quam potissimam diximus; quod non licet principibus sæcularibus c quæ in ecclesiarum, de constitutionib. cum ibi notat.

Sustinenda tamē lex est tanquàm iusta, & ob publicam causam lata, ad quam iurisdictionis causa pertinet; cuius conseruandæ intuitu potest princeps sæcularis, irritare legibus suis, subditorum contractus, vnde illi quoduis detrimentū euenire potuisset; nec de hoc dubitare licet, cúm ius publicum priuatorum pactis lædi non possit, l. ius publicum ff. de pact. vnde, etsi tales contractus iurati sint, propter fauorem publicum irritari potuerunt, neque id cōdemnandum videtur, vt dixit Molin. d. disput. 149. versicul. Quod ad potestates Nec quidem in hoc, diuinum ius, aut Pontificium offenditur; quod enim ad diuinum attinet, cuius est iuramenti redditio, non violatur, nec violari potuit iuramēti vis & religio, legibus prædictis; illis enim stātibus pars quæ iurauit, in foro animæ contractui stare tenebitur, propter iusiurandum, cuius contempta religio Deum habebit vltorem, vt ad leg prædictas obseruat Suar de Religion. tom. 2. tract. 5. lib 2. c. 38 nu 15.

Quod veró attinet ad ius Canonicum, secundúm quod contractus iurati valent, etiam qui aliás non valerent, quando aliunde illorum validitas non impeditur, iuxta superiús resoluta. diuersa ratio est inter ius illud & nostrum, vnde nimirúm, si diuersitas rationis diuersum ius iusté vtrobique constituat; nulla enim ratio erat, ob quam Pontificio iure non reciperentur contractus propterea quòd iuramento firmati essent, qui idcircó firmiores esse debebant; at sæculares principes specialis illa ratio iurisdictionis suæ conseruandæ, & alienæ deuitandæ in subditis suis, mouere potuit ad tales contractus irritandos; quod, vt diximus, saluo vinculo iuramenti in animæ iudicio, efficere potuerunt in suo, ex causa hac publica, propter quam etiam, quia publici iuris est, nec iure illo valet pactum iuratum de consentiendo in iudicem laicum omisso proprio, vt in c. si diligenti, de for. competent. Sed differentia est, quia ibi nec pactum tenet, nec iuramentum ligat, quod seruari licitè non potest, vt ibidē in fin. dicitur, quia absque ecclesiasticæ iurisdictionis nocumēto seruari nequit; quod secus est in terminis legis Regiæ, vbi partes absque eo quod ecclesiasticos iudices adeant, iuramentum seruare possunt.

Et ista quidem mihi vera ac propria visa est ratio pro defensione, & validitate legis nostræ, tametsi Valasc eam per se sufficientem non reputet, vt sæcularis princeps legem hanc condere posset, quam idcircò defendit ex præsumpto Summorum Pontificum priuilegio, d. conf 99. n. 3 cum duob. sequentib. Sed multó minus probanda est in hoc Parlador. opinio d c. 4. num. 53. vbi leges Regias defendit, & iustissimè latas fuisse ait, quatenus prohibent, ne contractibus iuramēta adijciantur & transgressores pænis vlciscuntur; non verò quatenus iuratos irritant contractus, quoniam in hoc, inquit, iuramenti iam facti vim labefactant, & in alienam messem falcem immittere videntur; pro quo citat Bart. in l. omnes populi, num. 25. ff de iust. & iur. & communem cum eo ibi Reliquorum sententiam; quo tamen in loco Bart. diuersū ponit casum, in quo superior conseruandæ

conseruandæ iurisdictionis ratio non consideratur. Et quidem, si propter eam iustè lex potuit prohibere, ne contractibus iuramenta adijciantur, eadem de causa irritare iustè potuit subditorum contractus eadem lege resistente celebratos, nec in eo iuramenti vis labefactatur, quam non habet ad validandos eiuscemodi contractus lege prohibẽte ex iusta causa; & tamen religio illius salua manet, vt sup. expendimus.

Nonæ clausulæ

SVMMARIA.

1. *PÆna conuentionalis, licita est, modò rationabilis, & moderata sit. Et, an in foro animæ debeatur, examinatur; & contra communem negatiua pars regulariter probatur. num. 2.*

Respondetur ad leg. quæ contrahentes obligant ad pœnas contractibus promissas. dict. num. 2. versicul. Nec obstabit.

3. *Pœna promissa per subrogationem rei principalis, aut facti in contractũ deducti, & non adimpleti conuento tempore, in foro animæ debetur etiã antequàm petatur.*

4. *Quando pœnæ adiectio in contractu aliàs nullo, valida iure est, in foro animæ debetur.*

5. & 6. *Traditur, quando, nullo manente contractu, pœnæ appositio valeat. Et intelligitur tex. in l. stipulatio ista. §. alteri. ff. de verbor. obligation. cum Bart. & communi. dict. numero 6.*

7. *In contractibus, qui, etsi per se non valeant, adhibito iuramento validantur secundùm ius canonicum, appositio pœnæ valet, & exigi potest iure nostro Regio.*

8. *Limitatur in alienatione rei dotalis de consensu vxoris, & contractu minoris cum pœna, in quibus pœnalis stipulatio non valet, quamuis iuramento confirmentur; sic in his, & alijs, in quibus eadem versatur ratio ad pœnæ nullitatem, quæ ad nullitatem contractus principalis, limitata Ord. lib. 4. titul. 70 §. final.*

9. *Conuentionalis pœnæ quantitas ad quã vsque summam ascendere possit communi iure attento, inter Doctor. controuersum est.*

10. *De iure nostro, principalis duplum transgredi nequit conuentionalis pœna, nec iudicialis; quod declaratur ad Ordin. libr. 4. titul. 70. in princ.*

11. *In mutuo, & alijs, quibus certa promittitur quantitas, cõuentionalis pœna non admittitur de iure nostro propter vsuræ suspicionem, in cuius fraudem adiectio pœnæ non valet; & traditur, quando in fraudem vsurarum præsumatur adiecta.*

12. *In locationibus factis ab illis qui fœnus pecunijs suis exercere non solent, valet adiectio pœnæ, si merces pecuniæ conuentæ statuta die non soluatur.*

CLAVSVLA NONA.

De pœna conuentionali.

1. PÆna, alia legalis, alia iudicialis, alia cõuentionalis est, vt explicat Molin. Theologus tom. de contractib.

tractib. diſput. 317. num. 1. vbi tradit, conuentionalem pænam, licitam eſſe, modó rationabilis, ac moderata ſit; & ita poſt eum reſoluit tam de iure ciuili, quàm Canonico Gutierr. lib. 2. Canonicar. c. 20. num. 13. verſicul. Ex dictis igitur, & num. ſequenti, & ambiguum non eſſe, talem pænam exigi poſſe, quando illa ſuper facto aliquo appoſita eſt, ex communi Legiſtarum, & Canoniſtarum ſententia tradit Cald. in commentar. de emption. & vendition. c. 29. num. 3. Nec illa quidem in exteriori tantúm iudicio licita eſt, ſed etiam in interiori, vt is cui ex contractu debita eſt, conſcientia tuta poſsit eam exigere, & accipere, vt eſſe apud omnes probatiſsimam opinionem, modó conuentionalis pæna licité in contractum deducatur, affirmat Couar. de ſponſalib. 2. part. cap. 6. §. 8. numer. 11. in fin. & Theologorum communem dixit, & probat Rebell. de obligation. 2. part. libr. 8. quæſt. 9. num. 3. & ſequentib. vbi explicat, quando pæna contractui irrationabiliter adiecta cenſeatur, & cum relatis ab eo ſequitur Menoch. de arbitrar. libr. 2. caſu 260. num. 36. Gutierr. de iurament. confirmat. 1. part. cap. 36. numer. 11. verſicul. Et licèt, latiús & alijs relatis idem Author dict. libr. 2. Canonicar. cap. 20. num. 11. Auguſtin. Morla in empor. iur. 1. part. titul. 1. quæſt. 9. num. 23. Cald. dict. cap. 29. numer. 9. communem etiam aſſerit, eam ſecutus Molin. de iuſtit. & iur. diſputat. 97. in fin tractat. 2. tom. 1. vbi etiam tradit cum Couar. loco citato, & Nauarr. in manual. cap. 23. numer. 67. in poſtrema editione, & citatis ab illis, eum qui hanc incurrit pænam, non teneri, offerre eam quandiu ab eo non petitur, petitam veró ſoluere tenere in foro conſcientiæ, abſque contradictione non expectata iudicis ſententia; quod ita cum alijs quos refert, ſequitur Menoch. d. caſu 260. num. 40. & ait, quòd ſic ſcribunt Doctores, commune ſentiens: ſequitur Gutierr. de iurament. dict. cap. 36. numer. 11. in fin. & Canonicar. dict. cap. 20. numer. 12. Morl. dict. quæſt. 9. numer. 22. Cald. dict. capit. 29. num. 9. verſicul. Sed hoc intelligendum, Rebell. dict. libr. 8. quæſt. 9. num. 6. vbi differentiæ rationem ad hoc aſsignat inter pænam conuentionalem, & legalem, ac iudicialem, Leſſ. libr. 2. de iuſtit. & iur. cap. 20. dubitat. 15. numer. 135. & ſequenti, vbi contrariam ſententiam, probabilem etiam eſſe, dixit, videlicet, conuentionalem pænam ante iudicis ſententiam in foro animæ non deberi, pro qua opinione citat vltra alios Sanch. de matrim lib. 1. diſput. 37. dicentem, multos Neotericos doctiſſimos ita ſentire; è quorum numero eſt Nauarr. loco à Molin. citato pro priore ſententia; qui tamen ab illa diſcedens contrariam probat eo in loco ſecundúm editionem libri mei dict. num. 67. & ſequenti, pro qua citatur à Leſſ. dict. numero 136. & á Suar. de legib. libro. 5. cap. 6. numer. 6. vbi pro eadem ſententia refert etiam Vaſques 1. 2. diſputat. 173. cap. 1. hoc enim diſcrimen eſt, vt idem Molin. tradit d. tom. de contractib. diſputat. 317. num. 3. inter pænam legalem, iudicialem, & conuentionalem, quòd illæ ante iudicis ſententiam non debentur in foro animæ, hæc veró ſic cúm à creditore petitur; quod ne dum poſtquám à creditore petita eſt, ſed & ante quàm petatur, in conuentionali pæna probat Suar. d. cap. 6. num. 7. cum duob. ſequentib.

2 Ego

2 Ego quidem communes sententias, maximé quæ à talibus Viris probantur in foro animæ, cuius sunt professores, obseruare soleo; veruntamen, salua illorum pace, rigurosum censeo, debitorem obligare ad conuentionalem pœnam in foro illo, petente creditore, eo quód præstituta die conuentis non paruit, nullum inde illo damnum passo. Etenim conuentionalis pœna, etsi in contractibus frequentissima sit, eius exactio in iudicijs rara est; quam ex vsu forensi non mandari executioni de stylo curiarum, nisi quatenus interest, & non vltra, ex Matth. de Afflict. decis. 135. tradit Gutierr. de iuram. d. c. 36. num. 10 vbi hoc sibi placere, scripsit, qui idē repetit d. lib. 2. Canonicar. c. 20 num. 5. vbi fatetur, praxim hanc sibi placere, ac iustissimam videri, tametsi de rigore iuris pœna conuentionalis, si excessiua non sit, sed moderata, exigi possit, siue intersit, siue non, idqué receptum asserit ex Benuenut. tract. de mercat. titul. de cōtract. mercator. nu. 21. & quod de curiarum stylo ex Afflict. diximus, ex eo etiam refert Garf. tract. de expens. & meliorationib. cap. 9. num. 63. in princ. quó fit, vt etsi ex contrahentium placito cōtractibus addatur pro maiori illorum securitate, à mente illorum alienum censeri non debeat, eiusmodi pœnas ad terrorem potiùs adijci, quàm ad extorsionem, vt. scilicet, metu illarū diligentiús adimpleatur id quod in contractu principaliter agitur. Quæ quidem mentis contrahentium coniectura, vltraquàm quód æqua est, vt idcircò in dubio admitti debeat, temerè non elicitur ex prædicto iudiciorum vsu; secundúm quem, contrahentes de exactione pœnæ quæ in iudicijs rarissima est, non ita semper, ac simpliciter cogitasse, videntur.

Denique, non video, qua ratione plus iuris sibi vendicet pœna. priuatorum pactis imposita. quàm quæ iudicis iussu imponitur, aut publicæ legis authoritate decernitur, vt illa ante iudicis sententiam, ad simplicem ac extraiudicialem creditoris postulationem. in foro animæ debeatur, hæ verò non, nisi post latam sententiam Censeo, itaque, cōuentionalem pœnam quæ eius quod interest, locum non subeat, regulariter, saltem in foro conscientiæ non deberi, nec à creditore iusté peti posse, prætérquàm vbi debitor per malitiam inexcusabilem, & contemptum non stet promissis; tunc enim pœna iusté petetur quasi in hunc euentum cōstituta: Quo casu communi sententiæ adhæreo, ita tamen, vt ante iudicis sententiam in foro conscientiæ debitor nō teneatur, iuxta id quod in legali pœna ferendæ sētētiæ probant omnes, quod & in pœna legali ipso iure imposita Recentiores communiter tenent, vt tradit Nauarr. eos secutus d cap. 23. num 65 in princip. Couar. dict. cap 6 § 8. num. 10 & alijs citatis Augustin Morl. in empor. iur. 1. part. titul. 9. quæstion 6 num. final de quo latiús per eundem titul. 1. quæst. 9. per tot. vbi num. 20. plurimos retulit pro eadem sententia; quam item probat, & communem esse inter omnes vtriusq; iuris Interpretes, ac Theologos, tradit Azor lib. 5. moral. institution. c. 7. post princ. 1 part. quæ tamen sententia in casu isto non placuit Alphons. à Castro lib. 2 de potestat. leg. pœnal cap 8. & sequent. vbi latissimè pro contraria contendit, pluribus pro illa citatis adeó, vt cōmunem reputet dict. cap. 8. versicul. Præter hanc, legalem pœnam latæ sententiæ, in foro conscientiæ statim obligare ante declaratoriam iudicis sententiam;

nec ab hac opinione dissentit Suar. d lib. 5 cap 7 num. 5. cum sequentib. quæ tamen ad casum conuentionalis pœnæ, de qua agimus, nobiscum non pugnat.

Nec obstabit, si quis nobis obijciat de multis Iurisconsultorum, & Imperatorum legibus, quæ contrahentes ad pœnas promissas contractibus suis obligant, vt in l. magnam C. de contrahend & committend. stipulat. cum multis alijs; de quo nos etiam specialem legem Regiam habemus, de pœnis conuentionalibus inscriptam, quæ leges, iniustæ viderentur, si super certo statuentes, in foro animæ locum non sortirentur; etenim non negamus, illas leges, iustas esse, licitamque, ac iustam etiam in foro conscientiæ cõuentionalem pœnam esse; veruntamen, quia eius exactio in foro iudicum rara est, in dubio credimus, non tam, exigendæ pœnæ animo, quàm corroborandi contractus in eo quòd principaliter agitur, illam additam à contrahentibus fuisse. Quó fit, vt vbi forensis vsus aliud obseruet, vel etiam in casu malitiæ inexcusabilis, ac contemptus, quem diximus, pœna conscientia tuta peti, & recipi posit. Nunquam tamen, debitorem illius, in foro conscientiæ, deterioris conditionis fore, credo, quàm qui in legalem incidit pœnam, vt ante sententiam iudicis teneatur.

3 Hoc verò limito duobus modis, primo vt non procedat, quando pœna in contractu adijcitur loco rei principalis, seu facti in contractum deducti; verbi gratia, si quis promisit rem aliquam intra certum tempus dare alicui, aut facere, &, si non dederit, aut fecerit, centum pœnæ nomine; quia hìc pœna in locum principalis subrogatur, & illius naturam assumit, iuxta regul. l. si eum §. qui iniuriarum ff. si quis cautionib. §. fuerat, instit. de actionib. quæ regula locũ habet etiam si subrogatio fiat ab homine, vt contra Bald. in d. §. qui iniuriarum col. 2. versicul. Secundo casu, & alios probat Hippolyt. Riminal. cons 27. num. 62. libr. 1. Barbos. in rubr. 3. part. num. 77. ff. solut. matrim. ideo sicut principale super quo in diem certam contractum est, adueniente die debetur in vtroque foro etiam antequàm à parte petatur, sic etiam debebitur pęna cúm principalis locum subintrat, vt in casu isto, antequâm petatur, ipso, namque, diei lapsu qui interpellat pro homine, committitur, & extunc deberi, incipit d. l. magnam, cum alijs.

4 Secundò limito prædictã sententiam, vt non procedat quando pęna adijcitur contractui de iure nullo, qui tamen eius naturæ est, vt pœnæ adiectio in illo valida sit, vt euenit in casu. §. alteri, instit. de inutilib. stipulationib. cum similib. & in contractibus illis, qui, etsi non valeant, tamen secundúm ius Canonicum iuramento confirmantur, vt in specie c. quanuis pactum, de pact. in 6. quo casu contra partem contractui stare nolentem committitur pœná ex iure nostro Regio Ord. libr. 4. titul. 70. §. final. quæ in antiquis habetur sub eod. lib. titul. 44 §. final. cuius meminit Molin. dict. disputat. 79. versicul. Quando pœna, tom. 1. vbi idem esse, dixit, ex communi sententia tradita à Couar. dict. cap. quanuis pactum. 2. part. §. 4. num. 4. quo tamen in loco non tradidit Couar. deberi pœnam appositam contractui aliás nullo, qui de iure Canonico confirmari iuramento potest, qui est casus Ordinat. nostræ, sed potiús tradit, pœnæ adiectionem, nullam esse,

quando

quando contractus cui adijcitur, est nullus, à legéque reprobatus, quæ fuit opinio Gloss. in l. si patronus, versic. Patronum, verb. Fauiana, ff. si quid in fraud. patron. quam Couar. dict. num. 4. in princip. singularē vocat, & communem esse ex alijs quos refert, tradit Gutierr. in repetit. l. nemo potest, númer. 400. ff. de leg. 1. latiús dict. tract. de iurament. 1. part. cap. 36. num. 6. Vtcunque veró circà hoc se res habeat, de quo statim agemus, proposita limitatio procedit in contractibus de iure nullis, qui tamen eiusmodi sunt, vt pœnæ adiectio valeat in illis, siue de communi iure, siue de Regio; tunc enim, cùm primum pœna committitur, quia pars contractui obedire detrectat ad nullitatis ius confugiens, extunc debebitur in vtroque foro; constat enim, in casu isto eam fuisse mentem contrahentium, vt aduersus partem nullitatis iure vti volentem contra fidē præstitam, pœna cum effectu committeretur, & exigeretur, quasi loco rei principaliter actæ debita, & apposita in contractu.

5 Dubium veró est, quādo pœnæ appositio valeat, contractu nullo manente. In quo communis opinio est, secundúm Couar. d. §. 4. num. 4 in princ. per l. non dubium C. de legib. cùm alijs per eum citatis, & per Mench. de success. creat lib. 3. §. 30. num. 58. quód si cōtractus est nullus, quia legi contrarius est, nec pœnæ adiectio in illo valeat: si autem est nullus, quia præter legem est, id est, cui lex non assistit, neque resistit, tunc, etsi contractus in principali non valeat, teneat tamen appositio pœnæ. Ita tradit Gloss. in d. l. non dubium, verb. ob id, in fin. & ibi Bart. prope fin. vltim. opposit. Gloss. item in l. cúm principalis ff. de regul. iur. & in l. stipulatio ista §. alteri, verb conueniet ff. de verbor. obligat. quæ semper ponit exemplum contractus præter legem celebrati, in casu de quo in d. §. alteri, videlicet, cúm quis alteri stipulatur, quo in exemplo cum Gloss. transeunt omnes indifferenter, vt dicit Ias. in d. §. alteri, num. 16. sequitur, & communi ferè omnium iudicio ita definitum esse, testatur Couar. d. §. 4. nu. 10. communē item agnoscit Mench. d. §. 30. num. 57. licèt ille ab ea cum alijs discedat ibid. num. 38. & 58. prope fin. Ripa verò in l. ita stipulatus, in magna. ff de verbor obligation. num. 36. regulam simpliciter constituit per tex. ibi, & in l. si homo mortuus, eod. titul. vt vitiato contractu principali, stipulatio quoque pœnalis vitietur; quam duobus modis limitat, primo vt non procedat, cúm ratio ob quam contractus principalis vitiatur, deficit in pœnali, vt in casu d. §. alteri; secundo quando stipulatio pœnalis iurata est, iuxta Bart in l. si quis pro eo ff. de fideiussorib. Alex. cons. 40. col. 3. lib. 1. Pro qua sententia ac regula citat Rip. Glossam d l. si patronus, versic. Patronum, verb. Fauiana, quā notabilem dicit d. num. 36.

6 Quæ quidem Rip. traditio in quæstione hac, securior videtur, tam propter d. l. ita stipulatus, vbi videtur, quód stipulatio de qua sibi, eiusmodi sit, cui lex non remittit, sicut in specie d §. alteri. & tamen, quia illa non valeat, non committitur pœna, quàm propter generalem regul. d. l. cùm principalis ff. de regul. iur. & regul. accessorium, cod. titul. lib. 6. & ad d. §. alteri, responderi potest, quód ibi ratio ob quam principalis contractus non valet, cessat in pœnali adiectione, ideo illa sustinetur secundúm Bart. d l. ita stipulatus, opposit. 12. quem Rip. ibi sequitur num. 38.

Dec d.l. cúm principalis, num. 3. & communem esse intellectum ad d. §. alteri, secundum Marian. Socin. ibi nu 143. dixit Gutierr. de iurament. d. 1. part c 36. nu. 7. sequuntur alij citati á Couar. d §. 4. nu 4 versicul. Deinde contra, & à Mench. d. §. 30. num. 58. versicul. Sed hoc vnicum, vbi aliter respondet, dicens, quòd in casu d. §. alteri, stipulatio pænalis, distincta est á priore de qua ibi, & per se principaliter subsistit, ideo nullitas illius, validitati istius impedimento non est. Sed Bart & communis responsio, & interpretatio, tenenda magis est, negari enim non potest, quód stipulatio pænalis, de qua in d. §. alteri, accessoriè ad priorẽ interposita fuit, quã contrahentes principaliter agere, intenderunt; sicut in casu d. l. ita stipulatus, vbi neutrum valet; valet verò accessoria stipulatio in casu d §. alteri, etsi principalis non subsistat; quia, vt diximus cum Bart & alijs, ratio quæ militat in principali vt non valeat, deficit in accessorio, idcircó deficiente principali, non deficit accessorium, nec illius naturam sequitur, quando inter vtrumque diuersa est ratio, sic limitata regul. d. l. cúm principalis, vt per Dec. ibid. num. 3.

7 Apud nos veró latiús hoc extenditur; sunt enim contractus aliqui qui de iure non valent, &, quod magis est, quibus ius ipsum resistit, & tamen si cum pænæ appositione celebrentur, pæna tenet, & exigi potest, vt in Ord. lib. 4. titul 70. §. final. in antiquis eod lib titul. 44. §. final. quæ hoc probat generaliter in omnibus contractibus qui, etsi de iure non valeant, siue quia sunt præter legem, siue etiam quia contra legem, vt in exemplis quibus vtitur, tales tamen sunt qui secundùm ius Canonicum, iuramento confirmari possunt. Cuius legis ratio est, quia cúm huiuscemodi contractus, de iure iuramento confirmari possint, & lex altera nostra Regia, iuramentum in contractibus apponi, vetet, eod. lib. 4 titul. 73. loco illius, pænam apponi permisit Legislator, cuius metu contrahentes ad fidem præstandã impellerentur; quasi sic prouidere intendens, ne contractus illi, qui iuramento adhibito valere possent, omni iuris auxilio destituti manerent, à subditorum commercio omnino segregati, & (vt ita dicam) extorres. Ex qua decidendi ratione ad leg. nostram infertur, apud nos, etiam contractus illos, qui, cúm per se non valeant, confirmari tamen iuramento possunt, manere sub dispositione Ord. d. titul. 73. vt sup. tradidimus in articulo præcedente, licét aliqui in contrarium inducere conentur Ord. d titul. 70. § final. quos refutat Pinel. in l. 2. 3 part. c. 1. n. 12. C. de rescind. vendit.

8 Ex ead. Ord. eiusquè interpretatione, videtur, etiam inferri, contractum de alienatione rei dotalis, à marito celebratum cum vxoris cõsensu, modo prædicto confirmari posse per pænæ appositionẽ, ita vt, si mulier posteà à contractu resilire velit, & alienatam rem vendicare; quod potest, l. vnic. §. & cúm lex C. de rei vxor. act. princip. versicul. Quod nos instit. quib. alienar. lic. incidat in pænam: etenim talis alienatio iuramentò adhibito confirmatur. c cúm contingat, de iureiur. laté Gutierr. tract. de iuram. confirmat. 1. part c 1 à princip. Cald de emption. & vendit. c. 30 á num. 27. idcircò apposita pæna iuramenti loco sustinebitur ex Ord prædicta d titul. 70 § final. Qua ratione idem videbatur dicendum de iure nostro, in contractu minoris, vt, etsi nulliter celebretur; quia cum iura.

iuramento valet, Auth. sacramenta puberum C. si aduers. vendit iuncta Gloss ibi, & communi sententia appositio pœnæ valeat in illo: tametsi hic non tantum sequeretur incommodum, cùm, auxilio restitutionis, aduersus pœnæ promissionem potuisset minor iuuari; at verò mulier, cui hoc beneficium non competeret vel deberet dotalem rem perdere, vel soluere pœnam.

Quod tamen mihi durum satis, & acerbum videtur; sic namque, facilè prohibitio alienationis rei dotalis, etiam consentiente vxore factæ, legibus inducta & approbata eluderetur; qua enim facilitate mulier assentit viro alienare volenti, assentiet vtique pœnam, pro securitate contractus ad libitum emptoris imponenti. Quaré, ne Legislator noster videatur, mulieribus minus cauté prospexisse, legique pro dotibus illarum, in quibus etiam publicus vertitur fauor, consultò & prudentissimè sancitæ generali sua dispositione detraxisse, quod credendum non est de eo qui iura tuetur, l. si quando C de inofficios. testamen dicendum est, legem nostram, etsi generalis sit, sano modo intelligi, debere, seu limitari, vt non procedat quando ratio nullitatis in contractu æquè militat in pœna illius; qui est casus præsens, ideo enim sancitum fuit, ne res dotalis alienari posset de consensu mulieris cuius est dos, vt succurreretur fragili illius naturæ, ac sexui, quæ facilè viri blanditijs aut etiam timore allecta rerum dotalium alienationi in magnam ipsius perniciem consentiret, vt probat tex in d l. vnic. § & cùm lex, ibi *ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam*; & in d princip. instit quib alien lic. in finalibus verbis; quæ fragilitatis muliebris ratio tam militat in extorquendo cõsensu ad alienationem, quàm ad pœnam pro obseruatione illius, vt re ipsa patet; & idem est in cõtra lu minoris In his ergo casibus & alijs in quibus eadem sit ratio pœnæ, quæ contractus principalis, limitãda est. Ord. nostra d titul. 70. §. final. vt non procedat in illis, etsi contractus tales sint, qui de iure iuramento confirmentur; cuius maior est vis, & arctius vinculum, quàm pœnalis stipulationis Nec hoc mirum quidem; vnde, non semper valebit argumentum affirmatiué de iuramento ad pœnam, vt contractus qui iuramento confirmari potest, possit & pœna; ecõntrà verò, sic.

9 Vltimó pro complemẽto præsentis articuli, de pœnæ quantitate querendum est; quod inter Doctor. longa & dubia disputatione controuertitur, in qua duodecim opiniones memorat Rebuff. in l vnic. C. de sent. quæ pro eo quod inter. profer à num. 545. vbi de hoc Gloss. Bart & alij, & in § alteri, verb quæ sit quantitas, instit. de inutilib. stipulation. Bart & Doctor. in l. stipulatio ista §. alteri ff. de verbor. obligat. Gom l. 68. Taur. num 4. qui communem in hoc resolutionem assignat; varias item in hoc articulo opiniones, & à Diuersis cõmunes nuncupatas recenset Gars. Gallec. de expens c. 9 num. 65. cum sequenti, post omnes Cald. commentar de emption. & vendit. c. 29. num. 4. Sunt qui putent, iudicis hoc arbitrio relinquendum; quæ fuit opinio Roman cons 510. num. 9. versicul. Mihi veró quam probat ex d l. vnic. versicul. cùm scimus, dum inquit, eas tantummodó pœnas exigi quæ competenti moderamine proferuntur, vel à legibus certo fine conclusæ statuuntur, subdit tamen quód pœna dupli, exigibilis semper erit. per l.

sciendum ff. de euictionib. quasi, cùm pœna ad duplum vsque promittitur, arbitrio iudicis locus non sit, sed cùm excedit; & ita Roman. quem refert Gregor. l 70 titul. 18 verb. sola pena del doblo part. 3. refert etiam & sequitur Roman. Menoch. de arbitr. lib. 2. casu 260. num. 16. vbi laté prosequitur in nu. sequentib. nec displicet Gallec. qui illũ etiam retulit. d. c. 9. num. 66 ad fin.

10 Hispaniæ veró legibus decisa est controuersia ista; statuunt enim, ad duplum vsque ascendere posse cõuentionalem pœnam, & non vltra, de quo apud nos est Ord. d. lib. 4. titul. 70. in princip. & ex Castellæ legibus tradit Gregor. loco proximé citato. Quod sic est intelligendum, vt in duplo principale connumeretur, ita vt pœna promissa iuncta principali, principalis duplũ nõ transgrediatur, nõ veró, vt principalis duplũ, loco pœnæ sit, videlicèt, si principale centum importet, cuius duplum, ducenta sint, ad centum vsque ascendere pœna potest, quæ cum principali simul ducenta efficiunt, quod est illius duplũ. Sicquè legalis pœna, quæ ad summum, regulariter quadruplũ ascendit, non vltra §. omnes, & ibi Gloss. magna, instit. de action. Menoch. d. casu 260 nu. 4 de quadruplo cum principalis simplo cõnumerato intelligitur, vt in triplo explicuit tex. in §. tripli veró, instit. de actionib. quod nostra Ord. d. titul 70. in princip. in conuentionali, & iudiciali pœna satis claré expressit, vt, nempe, si principale importet centum, pœnæ nomine tantundẽ esse possit, & non vltra. Idquè quanuis partes scienter maiorem summam pœnæ nomine promittant; nam in residuo non valebit, iuxta Ord prædictam; cui simile est statutum Patauinum cuius meminit Menoch. sic illud interpretatus d. casu. 260 nu. 28. & ad leg. nostram Regiam Cald. d. c. 29. num. 4.

11 In mutuo autem, & contractibus alijs quibus promittitur certa pecuniæ quantitas, aut rei alterius quæ pondere, numero, & mensura consistit, conuentionalem pœnam Ord nostra non admittit d. titul. 70. §. 1 propter vsuræ suspicionem, in cuius fraudem, præsumit lex, adijci pœnam si statuta die quantitas promissa non soluatur. Illud enim certum est, pœnam appositam in fraudem vsurarum exigi non posse. l. cúm allegas C. de vsur. Scribent. in l rogasti §. si tibi ff. si cert. petat vbi tradunt, quãdo in fraudem vsurarum censeatur pœna promissa. & in l. vnic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest proferunt. vbi Rebuff. num. 170 & 408. & concludunt, teste Menoch d. casu 260. num. 42. & alijs quos refert Gutierr. de iuram. 1. part. c. 36 num. 9. versicul. Vltimó est aduertendum, pœnã adiectam contractui quo certa quantitas promittitur, in fraudem vsurarum adiectam censeri, idcircó exigi non posse, prout in leg. nostra Regia, quæ in hoc cum communi conuenit, vt ex communi tradit Cald. d. c. 29. num. 22. Quam legem, iustám & sanctam appellat Molin. Theologus in tom. de contractib. disputat. 317. num. 5. eam tamen, quia in præsumptione vsuræ fundatur, in foro conscientiæ vim non habere, quando veré non interueniret vsura, dixit ibid. quod etiam notauit Rebell. de obligat. 2. part. lib. 7. quæst. 9. nu. 7. Nonnullas veró conditiones adducit Molin. quibus seruatis mutuatario pœna imponi, ab illoquè exigi possit, secundúm Doctor per eum citatos in num. præcedente; de quo Less. de iust & iur. lib. 2. c. 20. dubit. 15. & ante eum

Card.

Card. Tolet. in summ. lib. 5 c. 31 nu. 1.

12 Limitatur verò d. Ord in §. sequenti, vt non procedat in locationibus rerum suarum factis ab illis qui pecunijs suis fænus exercere non solent; etsi enim in his conuentionibus certa pecuniæ quantitas, mercedis nomine promittatur, adiectio pœnæ si præstituta die merces non soluatur, valebit, cuius rationem, ad simile Brixiæ statutum assignat Menoch d casu 260 num. penult. & ad leg. nostram Regiam Cald. d. commentar. de empt. & vendit. c 30. num. 1 &. 2 ex Bald. in c. 1 num 4 qualit. dominus proprietate priuetur, & Ias. in l 2. num. 174. C. de iur. emphyteut. ab eo citatis.

Decimæ clausulæ

SVMMARIA.

1. *PER clausulam constituti illa transfertur possessio quam constituens constituti tempore habebat, & , si nullam tunc habebat, nullam transfert in constitutarium.*

2. *Per clausulam constituti possessio ficto modo transfertur, ipsa verò possessio translata, vera possessio est, & eiusdem effectus, cuius possessio, qua transfertur per actum verum corporeum.*

3. *Declaratur in constituti clausula adiecta titulo valido; & traditur, per clausulam istam titulo inualido adiectam nullam transferri possessionem, quæ acquiritur per actum verum; etsi contractus principalis nullus sit; & differentia ratio assignatur.*

4. *Per clausulam constituti collatam in tempus post mortem constituentis non transfertur possessio.*

5. *Idem traditur in contractu conditionali, cuius conditio euenit post mortē constituentis.*

6. *Ampliatur etiam si constituto adijciatur clausula*, ex nunc, prout ex tunc.

7. *Probatur, possessionem per constituti clausulam legitime translatam non finiri in persona constitutarij, morte constituentis.*

Item, nō extingui constitutū constitutarij morte, traditur ex communi nu. sequenti.

9. & 10. *Per constitutum non quæritur absenti possessio ante acceptationem illius.*

Et, si interim cōstituens alij rē vendat & tradat, constitutarij primi sequens acceptatio possessionis translationē non operatur. d. num. 10.

CLAVSVLA DECIMA.

De clausula constituti.

1. HÆc clausula vsitatissima est in contractibus qui in scriptis celebrãtur, & ad multa vtilis; per illam, namque, in constitutarium transfertur possessio illa quam cōnstituti tempore constituens habebat, ita vt, si naturalem & ciuilē simul habebat, vtraque transferatur, alioquin, quam habebat, de quo est tex. celebris, & elegans in l. quod meo ff. de acquirend. possess. & ibi gloss. Bart & communiter Scribb. Gom. commune dicens in l. 45. Taur. num. 78. & sequenti, Tiraq. de iure constitut. 1. part. num. 4. & 13. & 2. part. ampliat. 20 & sequenti, Valasc. cons. 107. num. 2. tom. 2. Menoch. de recuper. possess. rem. 14. num. 25. Et, si tempore

tempore constituti nullam possessionem habebat constituens, nullam transfert, vt est communis omnium sententia per tex ibi iuncta gloss.in l. quanuis §.si conductor ff. de acquirend possess.quem singularem dixit Gom.d l.45.nu.84.& cum alijs quos refert,tradit Exea de pact num.140. pluribus citatis prosequitur latè Tiraq d.tract.3.part limit.1.vbi num.2. in fin ait, quòd nec vnus huic sententiæ contradicit, post omnes Mascard. de probat. conclus. 1212. ex num.2.

2 Et possessio quidem per clausulam istam fictè transfertur; sed quãuis transferendi modus fictus sit, translata possessio, penes eum in quẽ transfertur, vera est, vt ex Bart in l.ab emptione, circà fin versic. Vltimò aduertas ff.de pact & alibi, tradit Dec. in l.contractus, num.16.ff.de regul. iur.latè Tiraq d.tract.de constitut.2. part ampliat 1 ex num.1. Tessaur decis.Pedemõtan.38,in nouis. in princ. & ex communi tradit Cald.in commentar de emption.& vendit,c.25.n. 10. ad quod quotidie allegari solet tex.in l certè §.1.ff de precar. vt dixit Tiraq. d ampliat.1. num.3. quem commendant citati ab eo ibid.num. præcedente. Atque ita eiusdem effectus est, possessio translata per constituti clausulam,cuius, possessio acquisita per verum ac corporeum apprehensionis actum, vt nouissimè tradit Marta tractat. de clausulis. prim. part clausul.20.num 4 Ideo is cui per constitutum quæsita est possessio, propria authoritate rem occupare poterit, secundùm Gloss. in l. cùm creditor ff.de furt tradit Vital. tract. de clausul.§.clausula,cõstituit, se precario,num 12.

3 Hoc tamen intelligendum est,dummodó titulo valido constitutum adijciatur; per hanc enim clausulam titulo inualido insertam possessio non transfertur,cúm tamen realis possessio acquiratur, licét contractus principalis sit nullus.l.1.§.si vir vxori ff.de acquirend.possess. vbi Paul.nu. 5.ita distinguit inter vtramque possessionem, & cum secutus Dec. d.l. contractus, num. 24. versic. Vltimó cõclusio supradicta,latè Tiraq.d tract. 3 part. limit. 7. vbi plura congerit, Valasc conf 107.num. 7. cum duob. sequentib.tom.2. Mart.d. clausul. 20. num.3. Cuius differentiæ manifesta est ratio,quia ad acquisitionem possessionis per actum verum ac realem, nullus requiritur titulus; cúm,& prædo alienæ rei possessionem inuadens, verus efficiatur possessor, ita vt si ex interuallo deturbetur á rei dominó, ante omnia ad illius possessionem sit restituendus. c. in literis, & ibi notatur, de restit.spoliator. l. colonus l. cúm fundus ff de vi, & vi armat. cõmunem sententiam dicit Menoch. de recuper possess rem.1 num.110.versicul Communis ergo, vbi declarat & latè prosequitur in numer. sequentib.latissimé Gabr.titul. de restit spoliator. conclus. 3. At veró constituti clausula,accessoria est ad contractum cui interponitur, vnde, illo nõ valẽte, nec illa subsistere potest, aut effectum aliquem operari, regul. accessorium, de regul.iur.lib.6.l. cúm principalis ff eod titul.& pluribus citatis tradit Tiraq d.limit.7.num.16.vbi ad clausulam quoque vsusfructus reseruatiuam idem tradit Idqué in alijs contractus clausulis æqué obtinet, ex eadem ratione, vt voluit Gloss. in l. si patronus §.patronum, verb. Fauiana ff si quid in fraud.patron. quam plurimúm commendant citati á Tiraq. d.limit.7 nu 28. vbi multis exornat, & in depositaria tradunt Valasc. conf.

conf.85. prope fin. post eum Cabed. decis.37. num.4. tom.1.

4 Prædicta autem conclusio de translatione possessionis per clausulam constituti multipliciter à Doctorib.limitatur, vt videre est apud Dec.d.l. contractus ex num.18. versicul.Primò, latissimè Tiraq d. tract.de iur constituti, vbi varias assignat limitationes,& ampliationes; inter quas frequens in ore omnium est,cùm constitutum in tempus post mortem constituentis confertur, vt tunc ex eo possessio in cōstitutarium non transferatur; quæ fuit Angel. traditio in d.l.quamuis § si conductor num.1.quem sequitur Alex.ibi num. 7 & cons.82. Perspectis his,col.4. versic.Sed ita est,lib.2.Dec.notabile reputans d. l. contractus, notabile, & quotidianum dicit Gom. d. l. 45. Taur.num 89 & ex Syluan.conf.97. num.1,lib.2.communem refert Tessaur.d.decis.38.num.1.vbi alios citat, confirmat Tiraq d.tract.3 part limit. 2.num.3.& ibi num.14. opinionem hanc omnium authoritate confirmatam profitetur; receptam traditionem dicit, & sequitur Barbos. in l. diuortio 2.part.in princ num.12. versicul. Videtur.ff.solut.matrim. Cuius sententiæ ratio est, quia possessio penes mortuum residere non potest; atque ita, constitutum collatum in tempus quo constituens possessurus non est,nec potest possidere, verbale apparet,& nullius effectus. Conducit communis alia conclusio in d.l quamuis § si conductor,de qua sup secundùm quam, vt possessio transferatur per constituti clausulam, necesse est, constituentem tempore constituti possidere;ex quo constitutarium admonet Angel.ibid.num.1. &eum secutus Alex. ibid. num. final. Tiraq. cum plurimis ab eo relatis d.limit.1. num.8.Valasc d.conf.107. num.11. vt sit cautus in articulando & probando hoc, aliàs succumbet; porró,qui constitutum confert in tempus quo possessurus non est, perinde est, acsi se nomine alterius possidere constituat, quando possessor ipse non est.

5 Addunt autem alij idem fore, ne dum, cùm constitutum principaliter post mortem constituentis confertur, sed etiam cúm per accidens ita euenit, quia, videlicet, sub conditione concipitur, quæ post mortem constituentis impleta fuit; quo etiam casu non transferri possessionem, tenet Tiraq.cum citatis ab eo d.tract.2. part ampliat.17 num.9. vbi Dec.in hoc sibi contrarium notat, & 3.part. limit.2. num 14. quod vt nouum & singulare inculcat Gom d. l. 45.Taur.num. 89 versic. Ex quibus infero.

6 Prædictam veró communem traditionem sublimitat Alex. conf. 83.Visa facti narratione, col.2.versic. Confirmatur,vol.2 vt non procedat adiecta clausula constituto, *ex nunc, prout extunc*, hæc enim clausula operabitur,vt constitutum post mortem collatum,suum nihilominus operetur effectum quasi ab initio contractus subsistens, solúmqué effectus illius in tempus post mortem conferatur, vt tradit Negus. Alex. secutus, de pignor. 2. part.2. membr. num.5. quem sequuntur Alij citati à Tiraq. d.tract.limit.2.num.15. Barbos. d 2. part.l.diuortio,in princip num.12. in fin. Verùm, etiam prædicta clausula non obstante contrarium tuetur Dec. cōs 247 In causa magnifici,col.final. versic.Non obstat quod dicit,sequuntur Alben conf.103.in princ.& latiús Syluan.d conf 97. num. 16. versicul. Præmissis tamen,& num.21.Tessaur. qui illos,& alios retulit d.decis 38.n.4.

Quibus

Quibus magis assentior, quia qui in tempus post mortem, alterius nomine possidere se constituit, constituti substantiam veré post mortem suam differt, & clausula illa, *ex nunc, prout ex tunc*, rei ac pacti veritatem immutare nequit; præsertim, quòd, si diceremus iuxta priorem sententiam, constituti substantiam ab initio contractus incipere propter clausulam prædictam, illius effectu post mortem collato, fateri, necesse esset, ab initio contractus constituentem alieno nomine possidere, & non suo; in hoc enim constituti substantia consistit, vt constituens, non suo, sed constitutarij nomine possideat; porrò, hoc è mente illius non esse, apparet, qui possessionem rei quam habet, quandiu ipse viuit, à se abdicare, & in alium transferre, non voluit.

7 Non solúm autem constitutum post constituentis mortem nequit incipere, sed & antea legitimè inchoatum, & in persona illius radicatum, ipsius morte extingui, tenuerunt Rom. cons. 189. 1. dub. in fin. & alij relati & secuti à Menoc. de recuperand d. rem. 14. quæst. 18. num. 64. & sequentib. vbi tamen num. 67. cum alijs declarat, vt quanuis morte constituentis finiatur constitutum, salua tamen constitutario maneat actio aduersus illius hæredes ad recuperandam possessionem, dummodó, nõ multó post constituentis mortem, illam intentet, ita vt in recuperanda possessione negligenter se non habeat, subscribit Tessaur. d. decis. 38. num. 5. Miror veró, Menoch. inter alios pro hac sententia citasse Tiraq. d. tract. de iur. constitut. 1. part. num. 65. & 2. part ampliat. 13. & 3. part. limit. 21. nam in nullo istorum locorum probat Tiraq. constititiam possessionem, in persona constitutarij finiri constituentis morte, sed oppositum potiús præsertim d. ampliat. 13. quicquid in precario sit, quod extinguitur morte rogantis, quippe ipsi duntaxat, non etiam hæredi eius concessa possessio est, vt inquit tex. in l. cúm precario, in fin ff. de precar. Et quidem, sententiam illam, quód possessio ex constituto quæsita, constituentis morte amittatur, aperté falsam dixit Gom. d l. 45. Taur. num. 89. ad fin. per tex. in l si de eo §. si fortè ff. de acquirend. possess. & contrariam probat Tiraq. secutus Claud. Aquen. in l. exitus ff. de acquirend. possess. & alios quos refert d. ampliat. 13. num. 3. & 8. & d. limit. 21. num. 9. cum sequentib. Qui plané volunt, constititiam possessionem, constituentis morte non amitti, sed post eam in persona constitutarij perdurare, deficere veró propter negligentiam ipsius in recuperanda naturali, iuxta tex. in d. §. si forté, vbi explicat Bart. Tiraq. d. limit. 21. nu. 9. cum tribus sequentib.

8 An verò econtrà, constitutarij morte constitutum extinguatur, ita vt possessio ex eo causata ad hæredes illius non transeat, agit Tiraq. eod. tract. 2. part. ampliat 12. vbi, non extingui, probat. Quæ sententia, communis, & vera est ex ijs de quibus ibi per eum.

9 Vltimó sciendum est, per constitutum possessionem absenti non acquiri antequàm ille ratum habeat, vt tradit Alex. d. l. quod meo, num. 4. per l. si communis seruus. §. final. cod. titul. sequitur Dec. d. l. contractus, limit. 5. num. 20. ff. de regul. iur. Tiraq. d. tract. 3. part. limit. 30. Gom. d. l. 45. Taur. num. 82. & sequenti. Vnde inferunt secuti Butr in c. cùm venisset, in fin. de restit. spoliat. quód si à

si á possessione deturbetur constituens antequàm absens cuius nomine se constituit possidere, ratum habuisset, non competet illi ratum postea habenti interdictum recuperandæ possessionis, quia tempore constituti possessio illi absenti & ignoranti quæsita non fuit, nec quæri potuit ratihabitionis tempore, cùm tunc constituens non possideat, sequuntur alij citati á Tiraq dict. limit. 30. num. 3. & 4.

10 Infertur etiam, quód si medio tempore constituens, rem alteri vendat, aut donet, & eius possessionem tradat per actum verum, aut fictum, ratihabitio subsequens primi constitutarij, translationem possessionis non operabitur, vt tradit Gom. dict. l. 45. num. 83 in princ. vbi alios refert. Idque procedere, etiam si notarius absentis nomine acceptaret, comprobat Tiraq. dict. limitat. 30. à num. 53. cum sequentib. vbi rationem assignat cur ex constituto absentis nomine facto non transferatur possessio ante acceptationem illius, nempe, quia vt possessio per actum verum finè animo acquiri non potest l. 1 § adipiscimur. l 3 in princ. l quemadmodum ff. de acquirend. posses. ita nec per actum fictum acquiri possessio potest absque animo & voluntate acquirendi, vt voluit Gloss. in dict. l. quod meo, verb. possidere, quam omnes sequuntur secundúm Tiraq. dict. num 53. explicat Gom. dict. num. 82. versic. Pro qua etiam sententia. vbi in princip. numeri illius aliam etiam rationem assignat, quia, nempe, constituens vicem subit procuratoris in hoc quod alieno nomine constituit se possidere; hæc est enim fundamentalis ratio quærendæ possessionis per constitutum, secundúm eundem ibi, num. 78. & procurator intelligi nequit non præcedente consensu & voluntate illius, cuius res agitur, sed vt negotiorum gestor habendus est; & idcircò ratihabitio absentis est necessaria. l. si ego ff. de negot. gest. cum alijs citatis à Gom. d. n 82. in princ.

Vndecimæ clausulæ

SVMMARIA.

1 *PER clausulam vsusfructus reseruatiuam possessio fictè transfertur; & quæ fictionis istius inducendæ causa fuisset, traditur.*

2. *Per hanc clausulam naturalis possessio non transfertur, sed ciuilis tantùm, naturali penes vsumfructuarium remanente.*

3. *Vsufructuario spoliato competit interdictum recuperandæ possessionis; quod non competit illi qui alieno nomine se constituit possidere, sed officio iudicis illi succurritur.*

4. *Per clausulam vsusfructus retentiuam cum titulo habili acquiritur dominium, & is cui sic acquisitum fuit, præfertur secundo emptori cui res naturaliter tradita postea fuit.*

5. *Per hanc clausulam, vt per constitutiam, adiectam contractui inualido non transfertur possessio; & opponitur de communi sententia, secundúm quam donatio omnium bonorum præsentium, & futurorum cum vsusfructus reseruatione, valet propter vsusfructus clausulam.*

6. *Soluitur difficultas, & probatur magis cõmunis opinio, secundúm quam, qui omnia bona donauit præsentia, & futura cum reseruatione vsusfructus, de fructibus in vita perceptis, & tẽpore mortis extantibus testari potest.*

CLAVSVLA VNDECIMA.

De clausula vsusfructus reseruatiua.

1 FRequens quoque in cōtractibus est clausula vsusfructus reseruatiua, per quam etiam possessio fictè transfertur, l. quisquis l. siquis argentum § sed si quidem C. de donationib. Gloss & communiter Scribb. in d.l. quisquis, quem tex. commendant citati à Gom. l.45 Taur. num. 63. vbi tres huius conclusionis assignat rationes; quarum prima, & verior est, quia vsusfructus formalis in re propria non subsistit, l. vti frui, in princ. ff. si vsusfruct. petat. vnde per retentionem illius necesse est, vt rei dominium penes alium sit, quod cúm sine traditione non transferatur, l. traditionibus C. de pact. ficta subintelligitur traditio, vt ita actus intentum à partibus finem consequatur. Quód si obijciatur, clausulam vsusfructus in tempus veræ traditionis collatam intelligi potuisse, vt ita ex tunc formalis inciperet vsusfructus virtute illius, atque ideo necesse non fuisse, vt ficta interim induceretur traditio; Respondeo, fictionem legis esse cui æquitas causam dedit; æqúum, namque, erat, vt hominum conuentiones, quàm citiús fieri potuisset, exitum haberent.

2 Hæc autem clausula á præcedente differt; quia per illam naturalis & ciuilis simul possessio transfertur in constitutarium si vtraque penes constituentem residebat, vt sup. tradidimus per hanc veró sola ciuilis transfertur, naturali penes vsumfructuarium remanente, vt tradit Gom. d.l.45. Taur. num. 63 in princ. idquè receptissimum est in quouis vsufructuario, vt rem in qua vsumfructū habet, veré naturaliter possideat sibi, & nomine suo, non domini, vt esse probatum creberrimo ferè omnium consensu in l. naturaliter ff. de acquirend. possess. per tex. ibi, fatetur Couar. in regul. possessor. 2. part. in init. num. 5. de regul. iur. lib. 6. communem tradit Valasc. de iur. emphyt. quæst. 18. nu. 3. Menoch. recuper. possess rem. 1. q. 5. num. 70 & plurimis citatis Castill de vsufruct. c. 6. num. 28. vbi nu. 36. contrariæ sententiæ Authores citat, quorum fundamenta adducit Ias. d l. naturaliter, á num. 9. in fin vsque ad 14. vbi cum communi residet, monens, in iudicando & consulendo ab illa non esse recedendum.

3 Vnde fit, vt vsufructuario spoliato, competat illi interdictum recuperandæ possessionis, l. 3. § vnde vi interdictum ff. de vi & vi armat quem tex. ad hoc clarum vocat Menoch d. rem 1. num. 69. Quod interdictūm non competit ei, qui, alieno nomine se possidere, constituit per constituti clausulam; quia per illam omnis possessio transfertur, vt tradidimus, sola detentione rei penes constituentem manente, & ideo, si postea expellatur, non competit ei interdictum, quod detentatori expulso non datur, l. si duo §. creditores ff. vti possidet l. 1. §. deijcitur in fin. iuncta gloss. ibi ff. de vi & vi armat Menoch recuper. rem. 1. quæst. 4 num. 62. cum sequentib vbi ampliat, ac limitat; quanuis huiusmodi detentoribus violenter expulsis, iudicis officio succurratur, vt per eum ibi rem. 10. num. 29. Constitutario veró, constituente expulso, recuperandæ interdictum, & omnia alia remedia possessoria tanquàm vero possessori competere, dubium nō est.

Cúm

Cúm autem inter omnes constet, eum cui per cōstituti clausulam cum titulo ad transferendum dominium habili possessio acquiritur, in rei dominio præferri illi cui postea res vendita & tradita verè est, secundúm decisionem tex. in l. quoties C. de rei
4 vendicat. vbi Iaf. limit. 5. nu. 14. cum sequenti, dubitari potest, an possessio translata per clausulam vsusfructus retentiuam eundem operetur effectum, & dubitandi ratio est, quia per eam naturalis possessio non transit, sed remanet penes vsumfructuarium, quam cúm secundo empori tradat, videtur, quód virtute illius primo sit præferendus, iuxta d. l. quoties. Contrarium nihilòminus est dicendum, quia etsi per clausulam hanc naturalis possessio non transferatur, sed sola ciuilis, sola ciuilis sufficit cum titulo habili ad dominij acquisitionem, vt illud acquireretur; atque ideo dominium primo quæsitum non potest illi auferri per veram rei traditionem alteri postea factam, quæ solúm operabitur, vt naturalis possessio quæ penes vsumfructuarium manebat, in secundum emptorem transeat, ita vt in eum non plus iuris translatum appareat, quàm habebat ille qui transtulit; atque ita illo mortuo à quo secundus causam habet, tanquàm vsufructu in persona illius extincto, & cum proprietate consolidato, rem sibi auocare dominus poterit.

5 Conueniunt rursus clausulæ hæ, quia sicut constititia contractu inualido apposita suum non operatur effectum, ita nec per hanc transfertur possessio, quando contractus cui adijcitur, iure non subsistit, vt tradit Tiraq. de iur. constit. 3. part. limit. 7. num. 1. & 16. Valasc. cons. 107. num. 8. tom. 2. Quod tamen difficultatem patitur stante sententia Alex, in l. stipulatio hoc modo concepta, num. 18 ff. de verbor. obligat & aliorum, quos refert, & sequitur Couar. lib. 3. variar. c. 12. num. 1. & 2. tenentium, valere donationem omnium bonorum præsentium & futurorum vsufructu á donatore sibi retento; quam sententiam, communem etiam dicunt & sequuntur Gom. l 69. Taur. num. 3. in fin Clar. in §. donatio, quæst. 19. num final. Gam. decis. 166. num. final. vbi, secundúm eam iudicatum, testatur, & pluribus citatis Flores in addit. ad eum ibi, Molin. Theolog. in tom. de contractib disput. 280. num. 8. versic. Dicendum, vbi alterum Molin & alios citat, post omnes Cardinal. Tusch. qui plures refert, pract conclus iur tom. 2. conclus. 646. num. 44. sub liter D. Cardin. item Mantic. de tacit & ambig. conuention. libr. 13. titul. 32. à num. 5. cum sequentib. tom. 2. Iuxta quam sententiam, clausula vsusfructus reseruatiua donationi omnium bonorum præsentium, & futurorum apposita valet, & donationem ipsam, quæ sinè illa nullius momenti maneret, vt inter omnes constat per tex. ibi in d. l. stipulatio hoc modo concepta, validam efficit. Atque ita videtur, quòd principale ab accessorio robur accipiat, contra regul. l. quod per manus ff. de iur. codicill.

6 Sed vt difficultas soluatur, aduertendum est, donationem omnium bonorum præsentium, & futurorum, ea ratione ab omnibus irritam decerni, quia per illam testandi facultas manet sublata, quod contra bonos mores esse, existimatum est; vnde omnes probant, quòd si in tali donatione donator, partem aliquam bonorum sibi reseruet, aut rem aliquam de qua testari posit, quæ tamen ita modica non sit, vt legi fraus facta

 videatur;

videatur; quia cessat prohibitionis ratio, donationem valere.

Hinc vsusfructus reseruatio in controuersiam venit; in qua, qui negatiuam partem probant, quæ fuit Paul opinio in l final. num. 10. C. de pact. & aliorum quos citat Mantic. dict titul. 32. numer 4 quam etiam communem dicunt alij, vt refert Tusch. dict conclus 648 num. 48. & sequenti, ea ratione mouentur, quia talis reseruatio testatorem testabilem non reddit, cúm de iure ipso vsusfructus testari nequeat, quod morte vsusfructuarij extinguitur, nec de fructibus in vita perceptis, cùm, si qui supersint tempore mortis, futurorum bonorum donatione comprehendantur Qui verò econtra tenent, donationem in prædicta specie valere, hoc ita probant, quia de fructibus in vita perceptis & tempore mortis extantibus aliter sentiunt, nempe, illos ad futurorum bonorum donationem non spectare, sed pleno iure donatoris esse virtute clausulæ reseruatiuæ, ita vt de illis tanquàm de re sua, testari liberé posit; ita Alex. d. l stipulatio hoc modo concepta, num. 18 & Reliqui, qui priorem sequuntur, quam in tribus casibus limitat Couar. dict c. 12. num. 3. quem refert, & sequitur Tusch. dict conclus. 648. num. 50. vbi fusé per eum ex num. 44. Et hæc quidem opinio magis communis est, & ex eo saltem probanda videtur, vt in dubio pro validitate actus interpretatio sumatûr, iuxta reg. l. quoties 2. ff. de reb. dub. l. quoties in stipulationib9 ff de verbor obligat. cũ alijs adductis per Menoc. de præsumption lib. 6. præsumpt. 4. Atque ita cessat proposita difficultas, cúm clausula vsusfructus non inueniatur adiecta donationi inualidæ, sed potiús quæ valida est, & quidem validitatis robur non capit á clausula, tanquàm ab accessorio, sed ex eo est, quia per adiectionem illam apparet, donationem non esse bonorum omnium præsentium & futurorum absoluté, sed cum reseruatione partis eorum, quam partis reseruationem vsusfructus clausula inducit; atque idcircò, illa adhibita suis viribus stat donatio, secundúm communem, ac veram sententiam; quæ iure quoque nostro Regio tenenda est. quia á communi non discrepat circà donationem bonorum omnium, Ord. lib 4. titul 70 § 3 quod secus est de iure Regio Castellæ, quo & præsentium tantúm bonorum donatio irrita est, per leg 69. Taur; vnde disputant Hispani. an, stante iure illo, vsusfructus reseruatio, donationis validitatem operetur, de quo post alios Molin. d. disput. 280. nu. 9.

Duodecimæ clausulæ

SVMMARIA.

1. Clausula, rato manente pacto, *operatur, vt principale, & pœna simul exigi posint, nec per vnius receptionem alteri censetur renũtiatum.*
2. *Clausula,* rato manente pacto, *non operatur, vt pœna pluries committatur, nisi addatur clausula, toties, quoties.*
3. *Clausula,* rato manente pacto, *moræ purgationem ante litem contestatã non impedit.*
4. *Clausula hac operatur tantùm in fauorem illius qui stat promissis, & non in fauorem oppugnantis contractum.*
5. *Iuramentũ habet vim clausulæ,* rato manente pacto.

CLAV-

CLAVSVLA DVODECIMA.

De clausula, rato manente pacto.

1. HÆc clausula antiqua est; de illa loquitur l. qui fidem ff de transact. & l. cúm proponas C. eod. titul & vtrobique Scribb & apud contrahentes frequens est; de qua dixit Vital. tract. de clausul. §. Clausula, rato manente pacto, num. 1. quód tabelliones communiter consueuerunt ponere eam in instrumentis. Operatur veró, vt ab illo qui venit contra contractum, capitale in eo deductum, & pæna simul exigi posśit, nec intelligitur facta nouatio principalis obligationis per adiectionem pænalis, cum clausula hac, vt probatur in d. l. qui fidem d. l. cúm proponas, & vtrobique Scribb. l. ita stipulatus sum, circá fin ff. de verbor. obligat. tradit Cald. de emption. & vendition. c. 30. num. 51. versicul. Proinde. Nec per simplicem sortis principalis receptionem absque protestatione, commissæ pænæ renunciatio inducitur, licèt aliàs contra vbi clausula hæc non fuit apposita, l. final in fin vbi Gloss. & Bart. col. penult versicul. Vltimò opp ff. de eo quod cert. loc. ita tradunt, Vital. d clausul. num. 2. Cald. commune dicens d. c. 30. num. 52.

2 Quærunt veró, an, si is á quo pæna semel exacta fuit rato manente contractu, illum postea iterum impugnet, in pænam reincidat virtute clausulæ; & affirmatiuè respondet Cels. Vgo tract. de clausul num. 249. per tex. in l. si duo §. semel ff. de arbitr. & Bart ibi; vbi tamen tex. loquitur de clausula, vt toties pæna committatur, quoties contrauentum fuerit, quæ desumitur ex tex illo, clausula veró, *rato manente pacto*, non pertinet ad eam, sed ad tex. in d l. qui fidem, vt circà vtrumque obseruauit Bart. in d. § semel, ex quo visum est Vgoni, in vtroque idem Bart. ibi existimasse; vbi tamen, non dicit, quód propter hanc pæna toties committatur: quoties contrauētum fuerit; nec hoc tenendum puto; tum, quia sermo simpliciter prolatus, de prima vice est intelligendus l boues. § hoc sermone ff de verbor significat tum, quia pænalis conuentio strictè potiús est accipienda, regul. odia, de regul. iur. lib 6. Ad tex veró in d. §. semel, responsio in promptu est, quia loquitur de clausula, *toties, quoties* vt ibi notat Bart. cuius clausulæ verba nihil aliud significant, quàm pænam toties committi debere, quoties contrauentum fuerit his quæ à contrahentibus constituta sunt. Atque ita expresśim determinat Bart. in l. 2 prope fin. num. 15. C de iur. emphyteut. quód apposita clausula, *rato manente pacto*, pęna semel tantúm peti posśit, nisi addatur, quód toties committatur, quoties contra fuerit factum, per tex. in d. l. si duo. §. semel, communem testatur, & sequitur Padill d. l. cûm proponas, num. 3. Gutierr de contractib iurat. c 60. nu. 3. Cald. d c. 30. num. 54. vbi, post alios quos refert, addit, prædictam clausulam, *toties, quoties*, &c. bina solúmodò pænæ exactione præcludi.

3 Quæritur deinde, an hæc clausula moræ purgationem impediat, in qua quæstione negatiuè respondet Bart. & sic refert determinatum fuisse, in l. si insulam, quæst. 2. nu. 17. & sequenti. ff. de verbor. obligat. quem sequuntur ibi Angel Imol.

 Fulgos.

Fulgos. Paul. & Alex. fallent 9. num. 31 & est communis secundùm Iacob. de Nigris ibid nu. 242. cum sequenti, quæ sententia verior est & æquior; quam, duabus communibus inuicem contrarijs relatis, veriorem, & communiorem esse, dixit Padill. d. l. cùm proponas, num 4. relatus à Gutierr. d. c. 6. num. 4. pro qua, vltra alia, non parum vrget, quia clausula naturam contractus non immutat, secundùm quam purgatio moræ ante litem contestatam admittitur, vt in d l. si insulam, vbi pro regula notatur, & notat ibi Alex num 4 notab. 3. quód moræ purgatio ante litem contestatam ex æquitate introducta est; quæ æquitas multó magis id exigit in stipulatione pænali.

4 Illud inter omnes constat, clausulam hanc operari in fauorem illius qui contractum seruat, & non in fauorem alterius, in cuius odium apposita censetur, vt tradit Gloss. d l. qui fidem, & in l. 2. in Gloss. magna versicul. Item si promisit C. de iur. emphyteut. Vital. d. clausul. rato manente pacto, num. 4. Cels. Vgo eod. tract. num. 248 communem testantur Padill. d l. cúm proponas, num 5. Gutierr. d c. 60. num. 5. vbi ex alijs tradit, hoc procedere etiamsi in contractu adsit iuramentum, nouissimé Mart tract. de clausul. 1. part. clausul. 21 num. 2 & pluribus citatis Cald d. c. 30. num. 53. Atque ita, is in cuius fauorem adiecta est clausula, pænam promissam exigere ab aduersario, qui in illam incidit, potest, eumque cogere ad fidem contractus seruandam; vel etiam, si hoc malit, exacta pæna resilire â contractu liberè poterit altero inuito, cuius in hoc electio nulla est.

5 Rursus, conueniunt communiter omnes, iuramentum habere vim clausulæ, *rato manente pacto*, per. l. si quis maior C. de transact vbi Bart. num. 8. & in d. l. cùm proponas, num. 2 Vital. loco citato, num. 3. Vgo d. tract. num. 250. & alijs citatis communem tradit, & sequitur Gutierr. d. c. 60 num penult. & vltim. Mart. d. clausul. 121. num. final. Lectorem hìc admonitum velim, ne circà præcitati Doctoris Martæ allegationes huc vsq; citatas hæsitet, quód iuxta priorem libri editionem eæ referuntur; in posteriore enim clausularum numeros, trãsmutatos postea inueni, propter superadditas, ac prioribus interiectas clausulas alias; cuius posterioris & adauctæ editionis numeris sequentes deinceps eiusdem Authoris allegationes aptabimus.

Decimæ tertiæ clausulæ

SVMMARIA.

1. *Obligatione generali bonorum debitoris, bona omnia hypotheca subijciuntur, etiam futura, quamuis de illis expressim non dicatur.*
2. *Appellatione bonorum, etiam iura, & actiones, & nomina debitorum comprehenduntur.*
3. *Obligatione generali bonorum omniũ mobilium, & immobilium, etiam iura & actiones comprehenduntur.*
4. *Specialis obligatio magis afficit rem, quàm generalis hypotheca: & seruus generali obligatione comprehensus manumitti à creditore potest, non verò qui specialiter est obligatus.*
5. *In generali bonorum obligatione non veniunt ea, quæ verisimile sit, quemquam specialiter non fuisse obligaturum. Et quid si dictio vni-*

uersalis

uerſalis addatur, ibid.

6. *Specialis obligatio cum generali concurrens, aliquando generali derogat, & nocet, & facit vt ſecundus creditor præferatur primo in re generaliter obligata.*

7. & 8. *Clauſula de non derogando generali obligationi per ſpecialem, nec ècontra, operatur, vt primus creditor dimiſſa re ſpecialiter obligata, in quauis alia generali obligatione contenta præferatur poſteriori.*

9. *Creditor cui primò generali obligatione bona omnia ſunt oppignerata ſinè ſpeciali aliquorum hypotheca, præfertur ſecundo etiam in ſpecialiter illi obligatis. d. nu. 8.*

10 *Decidendi ratio ad l. 2. C. de pignoribus aſſignatur, & explicatur.*

11. *Clauſula, quòd generalis obligatio non deroget ſpeciali, quid operetur.*

12. *Clauſula de obligatione hæredum, nō inducit obligationem in bona eorum.*

13. *An defunctus hæredum ſuorum bona quæ hæreditario titulo ad eos non peruenerunt, obligare expreſſim potuiſſet in contractu à ſe geſto, traditur, explicata diſtinctione Alex. in hoc.*

14. *Appellatione hæredum intelliguntur primi, & non hæredes hæredum.*

CLAVSV. DECIMATERTIA.

De generali bonorum obligatione, ſimulquè ſpeciali; & quòd per vnam alteri non derogetur.

NIhil magis aſsiduum, ac notariorum noſtrorū calamo attritum reperitur in obligatorijs inſtrumentis, quàm clauſula de generali bonorum omnium obligatione, cū ſpeciali ſimul aliquorum nominatim hypotheca; quibus aliā conſequenter annectunt, illam, ſcilicet, quòd ſpecialis obligatio ſeu hypotheca nullatenus generali deroget, nec èconrra. Quæ ſanè clauſula de ſpeciali bonorum aliquorum nominatim obligatione poſt generalem vniuerſorum vtiliter apponitur, eiuſquè vtilitas indubitati iuris eſt, & in multis euentum ſortiri poteſt; quæ verò adijcitur de non derogando alteri per alteram hypothecam, non ita vtilitate ſua peruia eſt, non tamen otioſè ſcribitur, cuius non parua aliquando vtilitas euenire poteſt.

1. Quod vtrumque vt oſtendamus, ad primum notandū eſt, generali bonorum obligatione, bona omnia debitoris, hypothecæ vinculo aſtringi; nec præſentia tantum, ſed & futura, & quæ non dum in rerum natura ſunt, obligari poſſunt l. 1. l. & quæ non dum. ff. de pignorib cū alijs; imò, ſola generalis bonorum obligatio, quamuis de futuris expreſsim non addatur, etiam ad futura producit hypothecam; l. final. C quæ res pignor. obligar. poſſ. vbi nouè hoc á Iuſtiniano conſtitutum eſt, & pro regula tradit Neguſant tractat. de pignorib. 2. part. memb. 2 nu. 2. tex. illum notabilem vocans.

2. Appellatione autem bonorū, etiam iura, & actiones comprehenduntur, & debitorum nomina; nam & hæc obligari poſſunt generaliter, & ſpecialiter. l. nomen. C. quæ res pignor. obligar poſſ. l ſi conuenerit 2. ff. de pignorat action. Certum autem eſt, quód appellatione bonorum ſimpliciter, illa cōprehenduntur. l princeps bona. l bonorum appellatio 49. in fin ff. de verbor ſignificat. tradit

Tiraq plura allegans in l.si vnquam, verb.bona,nu 8.& 9.C. de reuocand. donationib.vbi num.10.subdit, quód omnes vbique hoc concedunt,præter paucos quorum ibid meminit, prosequitur laté Pinel.in rubr. de bon. mater.1. part.ex n.2. cũ multis sequẽtib. vbi ait, quòd ad hoc sufficit tex. in l.si legatus 30 §.1 ff. ad Trebell. & quód etiam in pænalibus locum id habet,per l.si ad emptis C.de sentent. pass.& in specie generalis bonorum obligationis, quód ea comprehendantur nomina etiam debitorum,tradit Neguf.d. 2.membr. num 8. per tex.in l 3. C.de hæreditar. actionib. vbi notant Bart Bald. & Salyc.

3 Et hoc quidem inter Doctor. securé procedit in simplici bonorum appellatione,si veró addatur, *mobilia, & immobilia*, communiter tradunt, non venire iura & actiones quia hæc tertiam bonorum speciem constituunt distinctam à mobilibus, & immobilibus l à diuo Pio § in venditione ff.de re iudicat.l.quam Tuberonis § in peculio ff de pecul quem tex. celebrem ad hoc apud Doctor. dixit Pinel.d rubr.1.part nu.24. vbi plures allegat, receptamquè, ac veram ita esse sententiam ait;ex qua in numer. sequentib.plura infert,Valasc de partition c.13.num. 95. fusé Tiraq. qui plura in propositũ adducit,de retract. lignagier §.1.Gloss.7 num. 9. &, inter ea vnum est de bonorum mobilium, & immobilium obligatione & hypotheca, de qua per Pinel. loco citato nũm. 28. versicul. Hinc etiam, vbi scripsit,quód in illa quotidie errant notarij adijcientes verba illa, *mobilia, & immobilia*,quorũ adiectione, iuxta prædictam communem sententiam non veniunt nomina debitorũ,iura, & actiones,vt in specie tenuit Angel. Aret in §.1.instit.de inutilib. stipulation.citatus à Tiraq d num 9.Neguf. d.2.membr.nu 9. & rursus 4.membr. d.2.part.num.84. & vt communem tradit Pinel n 29.vbi, & nu sequenti, contrariam quam nouam vocat opinionem,magis probat, ex eo potissimúm, quia contrahentium menti conueniens sit in obligatione bonorum omnium mobilium,& immobilium,iura etiam, & actiones venire; & quód illa adiectio *mobilium, & immobilium* quæ apponitur ex stylo notariorum ad augmentum obligationis,contrarium euentum non debeat operari.

Pro qua sententia quod attinet ad nostros, facit etiam, quód etsi appellatione bonorum mobilium, & immobilium,iura & actiones non veniant, secundùm propriam verborum significationem, veniunt tamen ex communi loquendi vsu vbi id ita ille exposcit, vt cum Oldr. cons.219. & alijs ab eo citatis tradit Tiraq.d.gloss. 7.num 19. At veró apud nos ex communi loquendi vsu, appellatione bonorum omnium mobilium & immobilium, etiam iura & actiones in eiuscemodi obligationibus intelliguntur propter contrahentium mentem. Quæ semper attendenda est etiã in legis dispositione, vt ad leg Regiam lib.4.titul 97.in princ.quæ loquitur in collatione rei mobilis aut immobilis, obseruat Valasc.tradens, in nominibus etiam debitorum à parentibus donatis omnino debere intelligi,de partition.d.c. 13.num. 95 cum duob sequentib.

4 Constat,itaque, ex prædictis, generali bonorum obligatione omnia venire, non tantùm præsentia, sed etiã futura, iura quoque, & actiones.Non tamen,vt diximus, subiecta post eam specialis,inutiliter additur, sed adiectio illius plurimúm non raró prodesse

prodeſſe poteſt, quia ſpecialis magis afficit rem, quam generalis, & plus iuris per illam conſtituitur creditori, vt dixit Gloſſ. in Auth. de non alienand. aut permutand. reb. eccleſiaſtic. §. nos igitur, verb. tradere creditoribus, in fin. collat. 2. vbi ponit exemplum in manumiſsione, quæ cadit in ſeruum generaliter obligatum, non veró in eum qui ſpecialis hypothecæ vinculo tenetur, l. ab eo C. de ſeru. pignor. dat. manumiſſ. l. 3. iuncta gloſ. ibi ff. de manumiſsionib. l. penult. cum gloſſ. ibi ff. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contrahat. tradit Neguſ. de pignorib. 2. part. membr. 1. num. final. vbi ſex ſcripſit differentias inter generalem pignoris obligationem, & ſpecialem, & iſtam poſtremo loco poſuit.

5 Vltra illas verò, notabilis eſt quæ deducitur ex l. obligatione generali, cum trib. ſequentib. ff. de pignorib. ſecundùm quas, obligatione generali non continentur ea, quæ, veriſimile ſit, quemquam ſpecialiter non fuiſſe obligaturum, vel propter quotidianum eorũ vſum, vel affectionem, quorum ibidem exempla ſcribuntur nonnulla; de quo Neguſ. 2. membr. d. 2. part. n. 34 cum ſequentib. vbi ex num. 37. contra Dec. ab eo citatum conſ. 30 col. 5 & rurſus in l. omnia col. 1 ff ſi cert. petat. latè contẽdit, diſpoſitionem d. l. obligatione generali habere locum, etiam ſi generali obligationi vniuerſalis dictio addatur; quod alij probauerunt, nullam in hoc differentiam admittentes inter indefinitam, & vniuerſalem bonorum obligationem; quam conſtituit Dec. & alij quos refert Pinel. d. rubr. de bon. matern. 1. part. nu. 37 contra quos cum Neguſ. & alijs quos allegat, ſecurè tenet ibid. & tenendum omnino probat. At veró, quia in obligatione bonorum quæ nominatim pignori ſubijciuntur, coniecturæ voluntatis contrariæ locus eſſe nequit, iuxta regul. l. continuus § cùm ita, in fin. ff de verbor. obligationib. iam apparet, hunc etiam operari effectum poſſe ſpecialem hypothecam generali additam. Et denique in multis caſibus plus operatur, & influit ſpecialis prouiſio, quàm generalis, vt obſeruat gloſſ. ad tex. ibi in c. quanquàm, verb. plus 23. diſtinct. magiſtralis vocata à Neguſ. d. 2 part. membr. 1 num. final. in fin. & gloſſ. noſtra ad tex. ibi in l. item apud Labeonem. § ait prætor verſicul. Ea enim ff de iniur. in verb. neglecta.

6 Euenire tamen aliquando poteſt, vt ſpecialis obligationis adiectio generali noceat, vt accidit in ſpecie l. 2. C de pignorib. vbi traditur, quòd ſi alicui res eadem & ſpecialiter, & generaliter pignoris nexu obligetur, ſecundus creditor, in re alia quauis eiuſdem debitoris, generali obligatione prioris affecta, ac ſibi poſtea ſpecialiter obligata præferendus illi erit, ſi primus ex nominatim ac ſpecialiter ſibi pignori obligata integrum ſuum debitum conſequi poteſt, quod in dubio præſumitur; nec audiendus erit, ſi, omiſſa hac quæ ſpecialiter fuerat obligata, aliam ex contentis ſub generali obligatione, cui ſecundus creditor incumbit, iure prioritatis eligere velit; quo quidem iure, in vniuerſis, ac ſingulis generali obligatione comprehenſis, ſpeciali ſecluſa, vti poſſet l. 2. in princip. ff. qui potior. in pignor. habeant. l. ſi generaliter C. eod. titul. Ex quo tex. illum in d. l. 2. C. de pignorib. exorbitantem reputant Doctor. ibid. ſecundùm Socin. conſ. 75. num. 14. vol. 4. vbi, & conſ. immediatè ſequenti, num. 7. idcircò, ait, quòd ad caſus ſimiles trahendus non

non eſt, ex regul.l. quod verò ff. de legib.c.quę à iure communi,de regul. iur.lib.6.& repetit Neguſ de pignorib.5.part.2. memb.num. final.verſicul.Et facit,vbi de materia illius tex. per eum,& rurſus 8.part.memb.1. nu. 20.de quo laté Couar.variar. reſolut. lib 3.c.18.Pariſ.conſ.103.incip.Ad reſolutionem,per tot.vol.3. vbi num.4. ex Socin loco citato, & Corn. conſ. 246. Licèt, col. penul. vol.1. eiuſdem tex.diſpoſitionem exorbitantem vocat,limitatiuam,& correctiuam iuris communis

Atque ita apparet, in ſpecie d. l.2. ſpecialem hypothecam generali ſuperadditam nocumento illi eſſe, ſicquè euenire,vt, quæ ad obligationis augmentum inducta fuit, & in creditoris fauorem,diminutionem operetur,& in odium illius conuertatur contra vulgares traditiones l.legata inutiliter ff de adimend.legat.l.quod fauore C.de legib.

7 Huic verò damno vt obuietur, ex ſtylo notariorũ, qui in hoc á partibus præſumuntur rogati, ſicut ad omnia quæ in inſtrumento ſunt ſcripta pertinentia ad contractũ, vt alijs citatis tradit Mart.de clauſul.4.part. clauſul. 33. poſt vtramque obligationem,ſeu hypothecam ſtatim apponitur clauſula illa, de non derogando generali obligationi per ſpecialem, nec ècontra; cuius clauſulæ meminit Chaſſen.in catalog.gloriæ mundi. 12. part.conſiderat.99.limit.25.verſicul. Sed aduerte, vbi ſcripſit, quód quotidie in inſtrumentis notariorum apponitur; & probat ibid, quód illa appoſita non procedit deciſio d l. 2. C. de pignorib. ſed quód primus creditor,omiſſa re ſpecialiter ſibi obligata aliam quamlibet eligens ex comprehenſis in obligatione generali, non erit á ſecundo repellendus, propter prædictam clauſulam, idem tradit Surd conſ.495.num.10. verſicul. Parùm etiam, vol. 4. & ſic iudicatum fuiſſe,refert Vincent. de Franch. deciſ.5.part.1.vbi vltra Chaſſen.ad idem citat Couar.lib.3.variar.reſolut.c. 18. verſicul.Nonó eſt prætereà, in noua impreſsione, quia in prima, inquit, non reperitur; in meo quidem libro reperitur,nō tamen ibid. Couar. adeò huic aſſentit opinioni, quin ſcripſerit, valde dubium hunc intellectum eſſe ad d.l.2. ideoquè,ſubdidit, quòd difficillimé eam interpretationem in praxi admitteret,quam tamen apud alios in praxi admiſſam, conſtat ex citatis á Franch d. deciſ.5. vbi, vltra deciſionem magnæ Curiæ Vicariæ, de qua ibi;refert deciſnm quoque ita fuiſſe ſecundúm eandem opinionem in Senatu Pedemont. deciſ. 156. col. final & in Rota Roman.vt refert Put. deciſ.38. fol.28.

8 Et ſanè opinio iſta optimo nititur fundamento,nempe, in conuentione contrahentiũ,ex qua legem accipit contractus l.1. §. ſi conueniat ff depoſit.l.contractus ff.de regul. iur. cúm enim poſt generalem bonorum omnium obligationem, ac alicuius rei ſpecialem,clauſula illa apponitur, quód generali per ſpecialem non derogetur, neque econtrà, quid aliud contrahentes volunt, quám generalem (ſiue priùs,ſiue poſteriús ſcripta illa ſit,in hoc enim apud Doctor.differentia nulla eſt) per ſe ſuis viribus ſubſiſtere, atque manere perinde ac ſi ſpecialis adiecta non eſſet, & ſimiliter,ſpecialē in re nominatim obligata perinde manere, ac ſi generalis ſcripta non eſſet? Porrò, quod in hoc contrahentes volunt, poſſunt vtrique, quia contra bonos mores, nec contra ius publicum,eorum pactum eſt, idcircó ſeruari debet; nunc veró, ſi in

caſu

caſu propoſito generalis hypotheca perinde manet ex partium conuentione, ac ſi ſpecialis ſcripta non eſſet, nihil iam inuenitur quod impediat, priorem creditorem agere ex generali ad rem quamlibet illa comprehenſam, & in ea poſteriori præferri pro debiti ſui exactione, iuxta regul. qui prior eſt tempore, de regul. iur. lib. 6. & quamuis poſt res primo generaliter oppigneratas, aliqua ex illis ſpecialiter ſecundo obligetur, in eam prioritatis iure vti poterit primus, aliarum excuſsioni non aſtrictus, vt probat tex in l. 2. incip. Qui generaliter. ff. qui potior. in pignor. habeant. l. ſi generaliter C. eod titul quæ in hac ſpecie, quando, nempe, ſola generalis ſcripta eſt primo, non intelliguntur correctæ per conſtitutionem d. l. 2. C. de pignorib. ſecundùm gloſſ. vtrobique & communiter Scribent probat Neguſ. de pignorib. 5. part. 2. memb. num. final. verſicul. Sed dubitatur, Couar. d c. 18. nu. 2. verſicul Septimò conſtat; & pro certo ponit Pariſ conſ. 103 num 1. vol. 3.

Conſtat, itaque, prædicta clauſula, ex partium conuentione generalem bonorum obligationem & hypothecam in ſuo robore manere, haud quaquàm obſtante ſpeciali, conſtat item, quòd generalis virtus omnia afficit, & comprehendit cum prioritatis iure in omnibus æquè, ac ſingulis; ideo, poſterior creditor, cui vniuerſa etiam generali, aut aliqua ex illis ſpeciali obligatione oppignerata fuerũt, priorem ad alicuius, aut aliquarum vnde ſibi ſatisfieri commodè poſsit, excuſſionem compellere non poterit, qui potiùs, prioritatis iure ſibi in omnibus, ac ſingulis competente vtens, quam mauult, præeligere poteſt.

9 Et non obſtat, ſi dicatur, quòd clauſula prædicta ſic intellecta, & recepta affert præiudicium poſteriori creditori, qui beneficio d. l. 2. C de pignorib. æquitatis cauſa introducto fraudatus inueniretur priuata aliorum conuentione; id enim fateor, ſed præiudicium hoc ante ius aliquod illi acquiſitum cautatum eſt, vt reſpondit Chaſſen. loco ſup citato, verſicul. Ad hoc poſſet; idcircò, non poteſt poſterior creditor de illo opponere, aduerſùs priorem; non magis, quàm ſi ambobus res eadem ſpecialiter, aut generaliter tãtùm fuiſſet obligatá, quo caſu, potiorem in illa eſſe priorem conſtat, & tamen id in poſterioris cedit detrimentum propter priuatam antea initam conuentionẽ cum priore creditore, quẽ ille idcircò repellere nequit.

10 Nec quidem beneficium d. l. 2. contra voluntatem cõtrahentium locum habere poteſt; æquitatis enim ratio, de qua ibi, cuius cauſa deciſio illius tex. emanauit, magis voluntatis cõtrahentium interpretationi, æquitate ſuadẽte, quàm correctioni illius, iure reſiſtente, aſcribenda erit; quaſi, ſcilicet, vbi quis generali, ac ſpeciali ſimul ſibi prouidit obligatione, ſpeciali conſenſu, ac principaliter in rem ſibi ſpecialiter obligatam viſus ſit concurrere; ex quo, eam quam inter cæteras tempore contractus eligere magis viſus eſt pro debiti ſui ſecuritate, præeligere poſtea compellatur pro debiti eiuſdem exactione, antequàm deueniat ad aliam cui ſecundus incumbit; quæ voluntatis interpretatio, qua Impp. moueri potuiſſent ad ſic ſtatuendum, locum habere nequit, vbi in ipſo contractus limine, contrariæ voluntatis proteſtatio apparet per nuncupatæ clauſulæ appoſitionem; cuius, quod attinet ad partem, de non derogando generali obligationi per ſpecialem, hunc eſſe

effectum,

effectum, explicitum manet, cum intellectu ad d l.2.

11 Posterior clausulæ pars, qua continetur quòd econuersó generalis obligatio speciali non deroget, frustratoria videtur; quia generi per speciem derogatur, regul. generi, de regul iur. lib 6.c 1.in fin.de rescript. sed non econtrà; & ideo frustra & otiosé dictum videtur, quód generalis obligatio speciali non deroget, quando id per se stat ex rei natura; præsertim, vbi vna post alteram immediaté sequitur in eadem scriptura, iuxta tradita per Dyn.d regul generi per speciem, num. 9 sustinendo verò eandem hanc clausulam procuratorio instrumento insertam Ioan. de Grassis tractat. de substantialib. procuratorij §. Ista clausula apponitur ad cautelam, in fin respondet, quòd licét generalitas non deroget specialitati, habet tamen declarare ipsam specialitatem, vt in l.final §.cui dulcia ff. de tritic. vin. oleoquè legat. & quòd hunc effectum clausula ista potest operari; quasi; scilicet, per illius appositionem specialitas tantum valeat, quantum sonat, nullam ex generalitate adiuncta recipiens declarationem, quā aliàs sortiretur. Sed hæc responsio casui nostro non satisfacit; quia nulla in speciali obligatione, de qua agimus, reperitur ambiguitas, in quam generalis posset operari, semota clausula. Quarè, dicendum magis videtur, eam in hac posteriore sua parte apponi consueuisse, propter connexionem eius cum priore, secundúm vsitatum sermonis contextum; &, quia sermo de vtraque obligatione simul erat, ne videretur, voluisse contrahentes, quód specialis maiorem vim non haberet, quàm generalis, nec plusquàm illa rem afficeret, si in speciali solummodò scriptum esset, quòd generali non derogaret.

12 Quia verò contrahentes, in eiuscemodi obligatorijs instrumentis non solúm se, suaquè obligant, sed & hæredes suos, notandum est, hac clausula bona hæredum non obligari; persona verò hæredis ex contractu defuncti cui succesit, manet obligata, ipso duodecim tabul. iure, l.pacto successorum.C de pact. l. licèt C.famil.herciscund.l 1.C. si cert. petat. Ideo, quòd ad personas hæredum attinet, clausula de obligatione corū, otiosa est; & quod attinet ad bona illorum, quæ è defuncti hæreditate nō sunt, sufficiens non est; quia per illam in bona hæredum non transit obligatio, vt in eisdem terminis, loquens in dotis causa, quæ fauorabilis est. tradit Afflict. decis. 200. incip. Instrumentum dotale, vbi num.1 ait, quód bis sic in Concilio iudicatum fuit, & allegat Bald.& Angel.in l.assiduis C. qui potior. in pignor. habeant. & alios; quādo bona suorum hæredum, expresè à defuncto obligata non sunt, sinè controuersia apud Doctor. hoc est, quod probat tex in l.Paulus ff. de pignorib.& per eum Gloss in l. final.verb pertinentium, in fin.C.quæ res pignor.obligar.poss. conuenit.l.1. versicul.final. C. commun.de legat. tradit Negus.de pignor 2. memb. 2. part num. 53. versicul. Sextó limita, & 4.memb.num 11.versicul. Ego autem puto, ead.part. & communi omnium voto conclusum esse, bona hæredis non venire in obligatione bonorum facta per defunctum, per tex. expressum in d.l.Paulus, dicit Surd. decis.315.num.3.vbi prosequitur.

13 Tota verò controuersia est, an, si expresè à defuncto bona hæredum suorum obligentur, pignori obligat amaneant; in qua dissidentes pro

pro vtraque parte Doctores refert Afflict. decif. 111. num. 15. & num. 17. ibid. pro parte affirmatiua, quam tenuerunt Bald. & Angel. in d l. aſsiduis, iudicatum fuiſſe, refert, de quo per eundem d decif. 200 num. 2 & 3. laté Neguſ d. 2. memb limitat. 6. num. 55. vbi tandem quæſtionem determinat ſecutus Alex. in l. ſi hæredis ſeruus ff. de leg. 1. diſtinguentem vt ibid. per eum col. 2. vbi ait, quòd aut defunctus nomine hæredis obligauit bona hæredis, & tunc procedit affirmatiua opinio, quia tunc hæres adeundo videtur ratificare factum defũcti, & reconualeſcit actus geſtus à defuncto, aut non nomine hæredis, & tunc procedit opinio contraria. Quam Alex. diſtinctionem ſic accipit Afflict. d. decif 111. num. 16 & decif. 200 in fin. quaſi dicere voluiſſet, quód ſi defunctus obligauit bona hæredis, nomine hæredis obligare potuit, ſed ſi obligauit bona ſua, & hæredum ſuorum ſimpliciter, non manent obligata bona hæredum; quo ſenſu acceptam Alex. diſtinctionem non probat Afflict. quia in effectu vnus caſus ab altero nihil differt, ſecundúm eum d decif. 111. num. 16. vbi idcircò ait, quòd de illa mirabantur & ipſe, & alij.

Cæterúm, Alex. ſenſus, alius videtur eſſe eo in loco, nempe, vt diſtinctio ſit inter caſum quo bona hæredis, quaſi futuri hæredis bona obligauit, & caſum quo obligauit non facta mentione hæredis, vt in iſto non teneat obligatio, qui caſus pertinet ad deciſionem tex. in l. rem alienam 2. reſponſ. ff. de pignorat. action. l ſi Titio ff. de pignorib. in illo veró hæredis bona maneant obligata; quo ſenſu Alex. diſtinctionem accipere viſus eſt Neguſ. eidẽ adhærens d. 2. memb. num. 57. in fin. & ſecundúm eum, à quo verba illius non diſſonant, accipiendus eſt Alex præſertim, ne aliàs tantus Vir, diſtinctionem poſuiſſe, exiſtimetur, inter caſus, inter quos in effectu nulla eſt differentia, vel nulla differentiæ ratio. Et ſecundúm hunc ſenſum accepta & intellecta diſtinctione Alex. in d. l. ſi hæredis ſeruus, col. 2. in quæſtione an defunctus hæredis ſui bona expreſsè obligare potuiſſet, affirmatiuam ſententiam probat, ſecundúm quam, iudicatum fuiſſe, refert Afflict. eandem probans d. decif. 111. num. 16. & vltra citatos ab eo, & à Neguſ. d. 2. memb. num 55. eandem ſententiam veriorem ſibi videri, ſcripſit Surd d. decif 315. nu. 10. ſecundúm quam etiam, iudicatum fuiſſe, eandem ſecutus teſtatur Vincent. de Franch. decif. 321. incip. Dictum eſt, num 1. part. 2. ſequitur Pariſ. communem, dicens conſ 2. num. 35. vol. 3. nouiſsimé Addit ad Marc. tract. de clauſul. 1. part. clauſul. 85.

Quæ tamen ſententia in ſtricta iuris diſputatione dubia valde eſt, propterea, quia rei alienæ pignus, ſeu hypotheca non cõſiſtit l. 2. l alienà res. iunct. Gloſſ. ibi ff. de pignorat. act. l quæ prædium, cum duab ſequẽtib. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit, de cuius ratione pro differentia inter pignoris conſtitutionem, & venditionem, quæ de re aliena fieri poteſt, egimus in priore huius leg. parte, verb *emptiones*, *venditiones*, ex num. 77. & quamuis iuris interpretatione, ſeu fictione hæredis eadem perſona cenſeatur cum defuncto, ex quo actio perſonalis, quæ contra defunctum cõpetebat, contra illum competit, talis tamen fictio iuris non inuenitur in bonis, vt hæredis bona quæ alio, quàm hæreditario defuncti titulo ad eum peruenerunt, defuncti fuiſſe cenſeantur, vt ita quaſi in re propria conſtitutum à defuncto pignus dicere poſſimus,

ſimus; qua potiſsimúm ratione, in quæſtione prædicta contrariam ſententiam probauit Aret.d. l. ſi hæredis ſeruus, col.2. ff.de leg. 1. quam & alij magnæ authoritatis Doctor. tenuerunt, quos ſup. citati referunt, à quibus ego in diſputando non diſſentirem. Sed, communi retenta, iam ex ſupradictis apparet, clauſulam de obligatione hæredum in inſtrumento ſcriptam, ſuperuacaneam eſſe, niſi de obligatione bonorum eorundem expreſsim adijciatur.

14 Et tunc quidem appellatione hæredum intelliguntur primi, non verò hæredes hæredum, vt cum Dec.conſ. 218.col.4. verſicul. Et iſtà concluſio, & conſ. 291 col.4. verſicul. His præmiſsis, & alijs ab eo relatis tradit Mart. de clauſul. 3.part. clauſ. 31.in recentiore editione. Quod ſpeciali quadam ratione multó magis in ſpecie noſtra erit affirmandum, vt, nempe, pignoris conſtitutio, iuxta naturam illius, minus quàm fieri poſſit, ad alienas res trahatur.

Clauſulæ decimæ quartæ

SVMMARIA.

1. *Renuntiatio proprij iuris, & priuilegiorum omnium non extenditur ad ea quæ publici fauoris cauſa ſunt conceſſa; & in multis caſibus nec ſpecialis renuntiatio valet.*

2. *Specialis renuntiatio iuris proprij in multis caſibus valet, qui generali renuntiatione non comprehenderentur. Et generalis renuntiatio adiecta poſt aliquot ſpecificata operatur in ſimilibus, non in maioribus.*

3. *Generalis renuntiatio iuris, & priuilegiorum omnium non ſemper trahitur ad omnia. Et nu. 5.*

4. *Clauſulæ omnes in contractibus ſcripta debent aliquid operari, & nec verbum vllum etiam minimum debet intelligi ſine virtute aliquid operandi, ſi poteſt.*

5. *Generalis renuntiatio omnium iurium, & priuilegiorum, abſque ſpecialis alicuius renuntiatione, de ijs intelligitur quæ à contrahentibus renuntiari ſolita ſunt, & non de inſolitis.*

6. *Clauſula generalis determinatur ſecundùm mentem contrahentium, ſpreta verborum ſignificatione. Et generalis locutio in quacunque diſpoſitione non trahitur ad ea, de quibus agens veriſimiliter non erat ſpecialiter diſpoſiturus.*

CLAVS. DECIMAQVARTA.

De proprij iuris, & priuilegiorum omnium renuntiatione.

1 CLauſula, quòd contrahentes pro fide præſtanda, & obſeruatione contractus, omni iuris auxilio, priuilegijsquè ſibi competentibus renuntiauerunt, aſsidua eſt in contractibus eorum; circà quam, idcircò, plura Doctores noſtri tradiderunt; & de illa fusè Tiraquell. in præfation. l. ſi vnquam, ex numer. 115. verſicul. Nunc autem reſtat, cum multis

multis ſequentib C. de reuocand. donation. vbi de generali iuris renuntiatione agit, tam cùm ſimpliciter hæc clauſula ſcribitur, quàm cum iuramento, nouiſsimé Mart. tract. de clauſul. 1. part. clauſul. 146. in noua editione. Ad eam veró ante omnia obſeruandũ er it, us, an priuilegiumqué proprium, de cuius renũtiatione agitur, publici fauoris cauſa fuerit introductum, & elargitum; hoc enim caſu renuntiatio illius non tenebit, vt notat Gloſſ. final. & Bart. num. 2. ad tex. ibi, in l ſi conuenerit 1. ff. de pignorat. action. tradit Mart. d. tract. clauſul. 22. num. 5. part. 4 & magiſtraliter explicat, exemplificatque Speculat. titul. de renuntiation. & concluſ. num. 9. lib. 2. Multi ſunt autem caſus, in quibus vel ex hac vel cauſa alia ſpecialitatis etiam ſpecialis proprij iuris, priuilegijqué renuntiatio non tenet, regula prætermiſſa, ſecundúm quam, fauori, iuriqué ſuo vnuſquiſque renuntiáre poteſt, de quibus gloſſ. magna in l. pactum inter hæredem ff. de pact. & in l. penult. verb. antiqui. C. eod titul. Speculat. d. nu. 9. proſequitur Vitalis tract. de clauſul. §. His peractis, titul. An poſsit renuntiari beneficio ceſsionis bonorum, cum multis ſequentib. Et cúm non valet ſpecialis renuntiatio iuris, ceſſat controuerſia in generali.

2 Interdum etiam generalis renuntiatio iuris non erit trahenda ad caſum, in quo ſpecialis & expreſſa ſortiretur effectum, quia ſpecialitas maiorem vim habet, & magis operatur in caſu expreſſo, quam generalitas circá eundem, & ideo multi ſunt caſus, in quibus ſpecialis renuntiatio iuris proprij valet, qui tamen ſub generali iuris renuntiatione non comprehenderentur, iuxta tradita per Vital. de clauſul. §. final. ex nu. 17. vbi nu. 19. reſpondet ad regul. l. ſi duo, in fin. ff. de adminiſtrat. & pericul. tutor. Secundúm quam, tantũ operatur genus quoad genus, quantum ſpecies quoad ſpeciem, quòd non procedit in renuntiatione beneficiorũ, ad quam verba omnino generalia nõ ſufficiũt. Et nu. ſequẽti ſubdit, quòd, ſi aliquod beneficium ſit ſpecificatum, generalis renuntiatio poſtea ſubiecta in ſimilibus operabitur, & non in maioribus; quod in procuratorio mandato cum clauſula generali poſt caſus aliquos expreſſos tradit Cardinal. in clem. 2. de procuratorib quæſt. 15. & illo citato, generaliter loquens in clauſula generali, vt ad ſimilia expreſsis ſit reſtringenda, Celſ. Hug. tractat. de clauſul. num 7. pro qua ſententia facit tex in l. final. §. final. ff. de tritic. vin. oleoqué legat. á Cardinal. citatus; pro eadem citauit etiam tex in l. Plautius ff. de aur. & argent. legat. qui tamen doctrinæ huic non ita applaudit. Illa veró procedit, vt ex prædictis conſtat, cúm poſt aliquot ſpecificata generalis ſubditur clauſula.

3 At veró, ſi ſola generalis renuntiatio in ſcriptura contractus ſit, abſq; ſpecialis iuris alicuius, priuilegijue renuntiatione, cui caſui prædicta doctrina accõmodari nequit, adhuc generalis renuntiatio non ſemper de omnibus eſt intelligenda; imó talem renuntiationem in caſu iſto non valere, ex quorundã ſentẽtia tradit Specul. d titul. de renuntiat. & concluſ. verſic. Quid ſi quis, nu 7. pro qua argumentatur Vital. d. §. final. n. 21. ex cõmuni vſu, ſecundúm quem practicãtur clauſulæ ſpeciales, vt à cõtrario ſenſu intelligi debeat, quód clauſulæ omnino generales nõ ſunt ſufficiẽtes; cõueniunt adducta in ſpecie generalis renũtiationis per Tiraq cũ citatis ab eo in præfation. l. ſi vnquã, n. 126.

Fulgos. Paul. & Alex. fallent 9. num. 31 & est communis secundùm Iacob. de Nigris ibid nu. 242 cum sequenti, quæ sententia verior est & æquior; quam, duabus communibus inuicem contrarijs relatis, veriorem, & communiorem esse, dixit Padill. d. l. cùm proponas, num 4. relatus à Gutierr. d. c. 6. num. 4. pro qua, vltra alia, non parum vrget, quia clausula naturam contractus non immutat, secundùm quam purgatio moræ ante litem contestatam admittitur, vt in d. l. si insulam, vbi pro regula notatur, & notat ibi Alex num 4 notab. 3. quód moræ purgatio ante litem contestatam ex æquitate introducta est; quæ æquitas multó magis id exigit in stipulatione pænali.

4 Illud inter omnes constat, clausulam hanc operari in fauorem illius qui contractum seruat, & non in fauorem alterius, in cuius odium apposita censetur, vt tradit Gloss. d l. qui fidem, & in l. 2. in Gloss. magna versicul. Item si promisit C. de iur. emphyteut. Vital. d. clausul. rato manente pacto, num. 4. Cels. Vgo eod. tract. num. 248 communem testantur Padill. d. l. cúm proponas, num 5. Gutierr. d c. 60. num. 5. vbi ex alijs tradit, hoc procedere etiamsi in contractu adsit iuramentum, nouissimé Mart tract. de clausul. 1. part. clausul. 21 num. 2 & pluribus citatis Cald d. c. 30 num. 53. Atque ita, is in cuius fauorem adiecta est clausula, pænam promissam exigere ab aduersario, qui in illam incidit, potest, cumque cogere ad fidem contractus seruandam; vel etiam, si hoc malit, exacta pæna resilire â contractu liberè poterit altero inuito, cuius in hoc electio nulla est.

5 Rursus, conueniunt communiter omnes, iuramentum habere vim clausulæ, *rato manente pacto*, per. l. si quis maior C. de transact vbi Bart. num. 8. & in d. l. cùm proponas, num. 2 Vital. loco citato, num. 3. Vgo d. tract. num. 250. & alijs citatis communem tradit, & sequitur Gutierr. d. c. 60 num penult. & vltim. Matt. d. clausul. 121. num. final. Lectorem hìc admonitum velim, ne circà pręcitati Doctoris Martæ allegationes huc vsq; citatas hæsitet, quód iuxta priorem libri editionem eæ referuntur; in posteriore enim clausularum numeros, trāsmutatos postea inueni, propter superadditas, ac prioribus interiectas clausulas alias; cuius posterioris & adauctæ editionis numeris sequentes deinceps eiusdem Authoris allegationes aptabimus.

Decimæ tertiæ clausulæ

SVMMARIA.

1. *OBligatione generali bonorum debitoris, bona omnia hypotheca subijciuntur, etiam futura, quanuis de illis expressim non dicatur.*

2. *Appellatione bonorum, etiam iura, & actiones, & nomina debitorum comprehenduntur.*

3. *Obligatione generali bonorum omniū mobilium, & immobilium, etiam iura & actiones comprehenduntur.*

4. *Specialis obligatio magis afficit rem, quàm generalis hypotheca: & seruus generali obligatione comprehensus manumitti á creditore potest, non verò qui specialiter est obligatus.*

5. *In generali bonorum obligatione non veniunt ea, quæ verisimile sit, quemquam specialiter non fuisse obligaturum. Et quid si dictio vniuersalis*

uerfalis addatur, ibid.

6. *Specialis obligatio cum generali con currens, aliquando generali derogat, & nocet, & facit vt fecundus creditor præferatur primo in re generaliter obligata.*

7. & 8. *Claufula de non derogando generali obligationi per fpecialem, nec ècontra, operatur, vt primus creditor dimiffa re fpecialiter obligata, in quauis alia generali obligatione contenta præferatur pofteriori.*

9. *Creditor cui primò generali obligatione bona omnia funt oppignerata finè fpeciali aliquorum hypotheca, præfertur fecundo etiam in fpecialiter illi obligatis. d. nu. 8.*

10 *Decidendi ratio ad l. 2. C. de pignoribus affignatur, & explicatur.*

11. *Claufula, quòd generalis obligatio non deroget fpeciali, quid operetur.*

12. *Claufula de obligatione hæredum, nō inducit obligationem in bona eorum.*

13. *An defunctus hæredum fuorum bona quæ hæreditario titulo ad eos non peruenerunt, obligare expreffim potuiffet in contractu à fe gefto, traditur, explicata diftinctione Alex. in hoc.*

14. *Appellatione hæredum intelliguntur primi, & non hæredes hæredum.*

CLAVSV. DECIMATERTIA.

De generali bonorum obligatione, fimulquè fpeciali; & quòd per vnam alteri non derogetur.

NIhil magis afsiduum, ac notariorum noftrorū calamo attritum reperitur in obligatorijs inftrumentis, quàm claufula de generali bonorum omnium obligatione, cū fpeciali fimul aliquorum nominatim hypotheca; quibus aliā confequenter annectunt, illam, fcilicet, quòd fpecialis obligatio feu hypotheca nullatenus generali deroget, nec ècontra. Quæ fanè claufula de fpeciali bonorum aliquorum nominatim obligatione poft generalem vniuerforum vtiliter apponitur, eiufquè vtilitas indubitati iuris eft, & in multis euentum fortiri poteft; quæ verò adijcitur de non derogando alteri per alteram hypothecam, non ita vtilitate fua peruia eft, non tamen otiosè fcribitur, cuius non parua aliquando vtilitas euenire poteft.

1. Quod vtrumque vt oftendamus, ad primum notandū eft, generali bonorum obligatione, bona omnia debitoris, hypothecæ vinculo aftringi; nec præfentia tantum, fed. & futura, & quæ non dum in rerum natura funt, obligari poffunt l. 1. l. & quæ non dum. ff. de pignorib cū alijs; imò, fola generalis bonorum obligatio, quanuis de futuris expresfim non addatur, etiam ad futura producit hypothecam; l. final. C quæ res pignor. obligar. poff. vbi nouè hoc á Iuftiniano conftitutum eft, & pro regula tradit Negufant tractat. de pignorib. 2. part. memb. 2 nu. 2. tex. illum notabilem vocans.

2. Appellatione autem bonorū, etiam iura, & actiones comprehenduntur, & debitorum nomina; nam & hæc obligari poffunt generaliter, & fpecialiter. l. nomen. C. quæ res pignor. obligar poff. l fi conuenerit 2. ff. de pignorat action. Certum autem eft, quód appellatione bonorum fimpliciter, illa cōprehenduntur. l princeps bona. l bonorum appellatio 49. in fin. ff. de verbor fignificat. tradit

Tiraq plura allegans in l.si vnquam, verb.bona,nu 8.& 9 C. de reuocand. donationib.vbi num.10 subdit, quód omnes vbique hoc concedunt,præter paucos quorum ibid meminit, prosequitur latè Pinel in rubr. de bon. mater.1. part.ex n.2. cũ multis sequẽtib. vbi ait,quòd ad hoc sufficit tex. in l.si legatus 30 §.1 ff. ad Trebell. & quód etiam in pænalibus locum id habet,per l.si ad emptis C.de sentent. pass.& in specie generalis bonorum obligationis, quòd ea comprehendantur nomina etiam debitorum,tradit Neguf.d. 2.membr. num 8. per tex.in l 3. C.de hæreditar.actionib. vbi notant Bart Bald. & Salyc.

3 Et hoc quidem inter Doctor. securè procedit in simplici bonorum appellatione;si verò addatur, *mobilia, & immobilia*, communiter tradunt, non venire iura & actiones quia hæc tertiam bonorum speciem constituunt distinctam à mobilibus, & immobilibus l à diuo Pio § in venditione ff.de re iudicat.l.quam Tuberonis § in peculio ff de pecul quem tex. celebrem ad hoc apud Doctor, dixit Pinel.d rubr.1.part nu.24. vbi plures allegat, receptamquè, ac veram ita esse sententiam ait;ex qua in numer. sequentib.plura infert,Valasc de partition c.13.num. 95. fusé Tiraq. qui plura in propositũ adducit,de retract. lignagier §.1.Gloss.7 num.9.& inter ea vnum est de bonorum mobilium, & immobilium obligatione & hypotheca, de qua per Pinel. loco citato nùm. 28. versicul. Hinc etiam, vbi scripsit,quòd in illa quotidie errant notarij adijcientes verba illa, *mobilia, & immobilia*,quorũ adiectione, iuxta prædictam communem sententiam non veniunt nomina debitorũ,iura, & actiones,vt in specie tenuit Angel. Aret in §.1.instit.de inutilib. stipulation.citatus à Tiraq d num 9.Neguf. d.2.membr.nu 9. & rursus 4.membr. d.2.part.num.84. & vt communem tradit Pinel n 29.vbi, & nu sequenti, contrariam quam nouam vocat opinionem,magis probat, ex eo potissimúm, quia contrahentium menti conueniens sit in obligatione bonorum omnium mobilium,& immobilium,iura etiam, & actiones venire; & quòd illa adiectio,*mobilium, & immobilium*,quæ apponitur ex stylo notariorum ad augmentum obligationis,contrarium euentum non debeat operari.

Pro qua sententia quod attinet ad nostros, facit etiam, quòd etsi appellatione bonorum mobilium, & immobilium,iura & actiones non veniant, secundùm propriam verborum significationem, veniunt tamen ex communi loquendi vsu vbi id ita ille exposcit, vt cum Oldr. cons.219. & alijs ab eo citatis tradit Tiraq.d.gloss. 7.num.19. At verò apud nos ex communi loquendi vsu appellatione bonorum omnium mobilium & immobilium, etiam iura & actiones in eiusemodi obligationibus intelliguntur propter contrahentium mentem. Quæ semper attendenda est etiã in legis dispositione, vt ad leg Regiam lib.4.titul 97.in princ.quæ loquitur in collatione rei mobilis aut immobilis, obseruat Valasc.tradens, in nominibus etiam debitorum à parentibus donatis omnino debere intelligi,de partition.d c. 13.num. 95 cum duob sequentib.

4 Constat,itaque,ex prædictis, generali bonorum obligatione omnia venire, non tantùm præsentia, sed etiã futura, iura quoque, & actiones.Non tamen,vt diximus, subiecta post eam specialis,inutiliter additur; sed adiectio illius plurimúm non raró prodesse

prodeſſe poteſt, quia ſpecialis magis afficit rem, quam generalis, & plus iuris per illam conſtituitur creditori, vt dixit Gloſſ. in Auth. de non alienand. aut permutand reb. eccleſiaſtic. §. nos igitur, verb. tradere creditoribus, in fin. collat. 2. vbi ponit exemplum in manumiſsione, quæ cadit in ſeruum generaliter obligatum, non veró in eum qui ſpecialis hypothecæ vinculo tenetur, l. ab eo C. de ſeru. pignor. dat manumiſſ. l. 3. iuncta gloſ. ibi ff. de manumiſsionib. l. penult. cum gloſſ. ibi ff. in quib. cauſ pign. vel hypoth. tacit. contrahat. trad. t Neguſ. de pignorib. 2. part. membr. 1. num. final. vbi ſex ſcripſit differentias inter generalem pignoris obligatio nem, & ſpecialem, & iſtam poſtremo loco poſuit.

5 Vltra illas verò, notabilis eſt quæ deducitur ex l. obligatione generali cum trib. ſequentib. ff. de pignorib. ſecundùm quas, obligatione generali non continentur ea, quæ, veriſimile ſit, quemquam ſpecialiter non fuiſſe obligaturum, vel propter quotidianum eorũ vſum, vel affectionem, quorum ibidem exempla ſcribuntur nonnulla; de quo Neguſ. 2. membr. d. 2 part. n. 34 cum ſequentib. vbi ex num 37. contra Dec. ab eo citatum conſ 30 col. 3 & rurſus in l. omnia col. 1 ff ſi cert petat. latè contẽdit, diſpoſitionem d. l. obligatione generali habere locum, etiam ſi generali obligationi vniuerſalis dictio addatur; quod alij probauerunt, nullam in hoc differentiam admittentes inter indefinitam, & vniuerſalem bonorum obligationem; quam conſtituit Dec. & alij quos refert Pinel. d. rubr. de bon matern. 1. part. nu. 37 contra quos cum Neguſ. & alijs quos allegat, ſecurè tenet ibid. & tenendum omnino probat. At veró, quia in obligatione bonorum quæ nominatim pignori ſubijciuntur, coniecturæ voluntatis contrariæ locus eſſe nequit, iuxta regul. l. continuus § cùm ita, in fin. ff de verbor. obligationib. iam apparet, hunc etiam operari effectum poſſe ſpecialem hypothecam generali additam. Et denique in multis caſibus plus operatur, & influit ſpecialis prouiſio, quàm generalis, vt obſeruat gloſſ ad tex ibi in c quanquàm, verb. plus 23. diſtinct magiſtralis vocata à Neguſ d. 2 part. membr. 1 num. final. in fin. & gloſſ noſtra ad tex. ibi in l. item apud Labeonem. §. ait prætor verſicul Ea enim ff de iniur. in verb. neglecta.

6 Euenire tamen aliquando poteſt, vt ſpecialis obligationis adiectio generali noceat, vt accidit in ſpecie l 2. C de pignorib. vbi traditur, quòd ſi alicui res eadem & ſpecialiter, & generaliter pignoris nexu obligetur, ſecundus creditor, in re alia quauis eiuſdem debitoris, generali obligatione prioris affecta, ac ſibi poſtea ſpecialiter obligata præferendus illi erit, ſi primus ex nominatim ac ſpecialiter ſibi pignori obligata integrum ſuum debitum conſequi poteſt, quod in dubio præſumitur; nec audiendus erit, ſi, omiſſa hac quæ ſpecialiter fuerat obligata, aliam ex contentis ſub generali obligatione, cui ſecundus creditor incumbit, iure prioritatis eligere velit; quo quidem iure, in vniuerſis, ac ſingulis generali obligatione comprehenſis, ſpeciali ſecluſa, vti poſſet l. 2. in princip. ff. qui potior. in pignor. habeant, l. ſi generaliter C. eod titul. Ex quo tex. illum in d. l. 2. C. de pignorib. exorbitantem reputant Doctor. ibid ſecundùm Socin. conſ 75. num. 14. vol. 4. vbi, & conſ. immediatè ſequenti, num. 7. idcircò, ait, quòd ad caſus ſimiles trahendus non

non est, ex regul. l. quod verò ff. de legib. c. quę à iure communi, de regul. iur. lib. 6. & repetit Neguſ de pignorib. 5. part. 2. memb. num. final. verſicul. Et facit, vbi de materia illius tex. per eum, & rurſus 8. part. memb. 1. nu. 20. de quo laté Couar. variar. reſolut. lib 3. c. 18. Pariſ. conſ. 103. incip. Ad reſolutionem, per tot. vol. 3. vbi num. 4. ex Socin loco citato, & Corn. conſ. 246 Licèt, col. penul. vol. 1. eiuſdem tex. diſpoſitionem exorbitantem vocat, limitatiuam, & correctiuam iuris communis

Atque ita apparet, in ſpecie d. l. 2. ſpecialem hypothecam generali ſuperadditam nocumento illi eſſe, ſicquè euenire, vt, quæ ad obligationis augmentum inducta fuit, & in creditoris fauorem, diminutionem operetur, & in odium illius conuertatur contra vulgares traditiones l. legata inutiliter ff de adimend. legat. l. quod fauore C. de legib.

7 Huic verò damno vt obuietur, ex ſtylo notariorũ, qui in hoc á partibus præſumuntur rogati, ſicut ad omnia quæ in inſtrumento ſunt ſcripta pertinentia ad contractũ, vt alijs citatis tradit Mart. de clauſul. 4. part. clauſul. 33. poſt vtramque obligationem, ſeu hypothecam ſtatim apponitur clauſula illa, de non derogando generali obligationi per ſpecialem, nec ècontra; cuius clauſulæ meminit Chaſſen. in catalog. gloriæ mundi. 12. part conſiderat. 99. limit. 25. verſicul. Sed aduerte, vbi ſcripſit, quód quotidie in inſtrumentis notariorum apponitur; & probat ibid, quód illa appoſita non procedit deciſio d l. 2. C. de pignorib. ſed quód primus creditor, omiſſa re ſpecialiter ſibi obligata aliam quamlibet eligens ex comprehenſis in obligatione generali, non erit á ſecundo repellendus, propter prædictam clauſulam, idem tradit Surd conſ. 495. num. 10. verſicul. Parùm etiam, vol. 4. & ſic iudicatum fuiſſe, refert Vincent. de Franch. deciſ. 5. part. 1. vbi vltra Chaſſen. ad idem citat Couar. lib. 3. variar. reſolut. c. 18. verſicul. Nonó eſt prætereà, in noua impreſsione, quia in prima, inquit, non reperitur; in meo quidem libro reperitur, nõ tamen ibid. Couar. adeò huic aſſentit opinioni, quin ſcripſerit, valde dubium hunc intellectum eſſe ad d. l. 2. ideoquè, ſubdidit, quòd difficillimé eam interpretationem in praxi admitteret, quam tamen apud alios in praxi admiſſam, conſtat ex citatis á Franch d. deciſ. 5. vbi, vltra deciſionem magnæ Curiæ Vicariæ, de qua ibi; refert deciſnm quoque ita fuiſſe ſecundúm eandem opinionem in Senatu Pedemont. deciſ. 156. col. final & in Rota Roman. vt refert Put. deciſ. 38. fol. 28.

8 Et ſanè opinio iſta optimo nititur fundamento, nempe, in conuentione contrahentiũ, ex qua legem accipit contractus l. 1. §. ſi conueniat ff depoſit. l. contractus ff. de regul. iur. cúm enim poſt generalem bonorum omnium obligationem, ac alicuius rei ſpecialem, clauſula illa apponitur, quód generali per ſpecialem non derogetur, neque econtrà, quid aliud contrahentes volunt, quám generalem (ſiue priùs, ſiue poſteriús ſcripta illa ſit, in hoc enim apud Doctor. differentia nulla eſt) per ſe ſuis viribus ſubſiſtere, atque manere perinde ac ſi ſpecialis adiecta non eſſet, & ſimiliter, ſpecialé in re nominatim obligata perinde manere, ac ſi generalis ſcripta non eſſet? Porrò, quod in hoc contrahentes volunt, poſſunt vtique, quia contra bonos mores, nec contra ius publicum, eorum pactum eſt, idcircó ſeruari debet; nunc veró, ſi in

casu

caſu propoſito generalis hypotheca perinde manet ex partium conuentione, ac ſi ſpecialis ſcripta non eſſet, nihil iam inuenitur quod impediat, priorem creditorem agere ex generali ad rem quamlibet illa comprehenſam, & in ea poſteriori præferri pro debiti ſui exactione, iuxta regul. qui prior eſt tempore, de regul. iur. lib. 6. & quamuis poſt res primo generaliter oppigneratas, aliqua ex illis ſpecialiter ſecundo obligetur, in eam prioritatis iure vti poterit primus, aliarum excuſsioni non aſtrictus, vt probat tex in l. 2. incip. Qui generaliter. ff. qui potior. in pignor. habeant. l. ſi generaliter C. eod titul. quæ in hac ſpecie, quando, nempe, ſola generalis ſcripta eſt primo, non intelliguntur correctæ per conſtitutionem d. l. 2. C. de pignorib. ſecundùm gloſſ. vtrobique & communiter Scribent. probat Neguſ. de pignorib. 5. part. 2. memb. num. final. verſicul. Sed dubitatur, Couar. d. c. 18. nu. 2. verſicul Septimò conſtat; & pro certo ponit Pariſ conſ. 103 num. 1. vol. 3.

Conſtat, itaque, prædicta clauſula, ex partium conuentione generalem bonorum obligationem & hypothecam in ſuo robore manere, haud quaquàm obſtante ſpeciali; conſtat item, quòd generalis virtus omnia afficit, & comprehendit cum prioritatis iure in omnibus æquè, ac ſingulis; ideo, poſterior creditor, cui vniuerſa etiam generali, aut aliqua ex illis ſpeciali obligatione oppignerata fuerũt, priorem ad alicuius, aut aliquarum vnde ſibi ſatisfieri commodè poſſit, excuſſionem compellere non poterit, qui potiús, prioritatis iure ſibi in omnibus, ac ſingulis competente vtens, quam mauult, præeligere poteſt.

9 Et non obſtat, ſi dicatur, quòd clauſula prædicta ſic intellecta, & recepta affert præiudicium poſteriori creditori, qui beneficio d. l. 2. C de pignorib. æquitatis cauſa introducto fraudatus inueniretur priuata aliorum conuentione; id enim fateor, ſed præiudicium hoc ante ius aliquod illi acquiſitum cautatum eſt, vt reſpondit Chaſſen. loco ſup citato, verſicul. Ad hoc poſſet; idcircò, non poteſt poſterior creditor de illo opponere, aduersús priorem; non magis, quám ſi ambobus res eadem ſpecialiter, aut generaliter tãtùm fuiſſet obligatá, quo caſu, potiorem in illa eſſe priorem conſtat, & tamen id in poſterioris cedit detrimentum propter priuatam antea initam conuentionẽ cum priore creditore, quẽ ille idcircò repellere nequit.

10 Nec quidem beneficium d. l. 2. contra voluntatem cõtrahentium locum habere poteſt; æquitatis enim ratio, de qua ibi, cuius cauſa deciſio illius tex. emanauit, magis voluntatis cõtrahentium interpretationi, æquitate ſuadẽte, quàm correctioni illius, iure reſiſtente, aſcribenda erit; quaſi, ſcilicet, vbi quis generali, ac ſpeciali ſimul ſibi prouidit obligatione, ſpeciali conſenſu, ac principaliter in rem ſibi ſpecialiter obligatam viſus ſit concurrere; ex quo, eam quam inter cæteras tempore contractus eligere magis viſus eſt pro debiti ſui ſecuritate, præeligere poſtea compellatur pro debiti eiuſdem exactione, antequám deueniat ad aliam cui ſecundus incumbit; quæ voluntatis interpretatio, qua Impp. moueri potuiſſent ad ſic ſtatuendum, locum habere nequit, vbi in ipſo contractus limine, contrariæ voluntatis proteſtatio apparet per nuncupatæ clauſulæ appoſitionem; cuius, quod attinet ad partem, de non derogando generali obligationi per ſpecialem, hunc eſſe effectum,

effectum,explicitum manet,cum intellectu ad d l.2.

11 Posterior clausulæ pars, qua continetur quòd econuersó generalis obligatio speciali non deroget, frustratoria videtur; quia generi per speciem derogatur,regul. generi, de regul iur. lib 6.c 1.in fin.de rescript. sed non econtrà; & ideo frustra & ociosé dictum videtur,quód generalis obligatio speciali non deroget, quando id per se stat ex rei natura; præsertim,vbi vna post alteram immediaté sequitur in eadem scriptura, iuxta tradita per Dyn.d regul generi per speciem,num.9 sustinendo verò eandem hanc clausulam procuratorio instrumento inserram Ioan. de Grassis tractat. de substantialib. procuratorij §. Ista clausula apponitur ad cautelam, in fin respondet, quòd licét generalitas non deroget specialitati, habet tamen declarare ipsam specialitatem,vt in l.final §.cui dulcia ff. de tritic. vin. oleoquè legat. & quòd hunc effectum clausula ista potest operari;quasi;scilicet,per illius appositionem specialitas tantum valeat,quantum sonat,nullam ex generalitate adiuncta recipiens declarationem, quā aliàs sortiretur. Sed hæc responsio casui nostro non satisfacit; quia nulla in speciali obligatione, de qua agimus, reperitur ambiguitas, in quam generalis posset operari, semota clausula. Quarè, dicendum magis videtur,eam in hac posteriore sua parte apponi consueuisse,propter connexionem eius cum priore, secundúm vsitatum sermonis contextum;&,quia sermo de vtraque obligatione simul erat,ne videretur, voluisse contrahentes, quód specialis maiorem vim non haberet, quàm generalis, nec plusquàm illa rem afficeret,si in speciali solummodò scriptum esset, quòd generali non derogaret.

12 Quia verò contrahentes, in eiuscemodi obligatorijs instrumentis non solúm se, suaquè obligant, sed & hæredes suos, notandum est, hac clausula bona hæredum non obligari; persona verò hæredis ex contractu defuncti cui successit, manet obligata, ipso duodecim tabul. iure, l.pacto successorum.C de pact. l. licèt C.famil.herciscund.l 1.C. si cert. petat. Ideo,quòd ad personas hæredum attinet,clausula de obligatione corū, otiosa est;& quod attinet ad bona illorum,quæ è defuncti hæreditate nō sunt,sufficiens non est;quia per illam in bona hæredum non transit obligatio, vt in eisdem terminis, loquens in dotis causa,quæ fauorabilis est.tradit Afflict. decis. 200. incip. Instrumentum dotale,vbi num.1 ait, quód bis sic in Concilio iudicatum fuit, & allegat Bald.& Angel.in l.asiduis C. qui potior. in pignor. habeant. & alios; quādo bona suorum hæredum, expresè à defuncto obligata non sunt, sinè controuersia apud Doctor. hoc est,quod probat tex in l.Paulus ff. de pignorib.& per eum Gloss in l. final.verb pertinentium, in fin.C.quæ res pignor.obligar.poss. conuenit.l.1. versicul.final. C. commun.de legat. tradit Negus.de pignor 2. memb. 2. part num. 53. versicul. Sextó limita, & 4.memb.num 11.versicul. Ego autem puto,ead.part. & communi omnium voto conclusum esse, bona hæredis non venire in obligatione bonorum facta per defunctum,per tex. expressum in d.l.Paulus, dicit Surd. decis.315.num.3.vbi prosequitur.

13 Tota verò controuersia est, an,si exprese à defuncto bona hæredum suorum obligentur, pignori obligat amaneant;in qua dissidentes pro

pro vtraque parte Doctores refert Afflict. deciſ. 111. num. 15. & num. 17. ibid. pro parte affirmatiua, quam tenuerunt Bald. & Angel. in d. l. aſsiduis, iudicatum fuiſſe, refert, de quo per eundem d. deciſ. 200 num. 2 & 3. laté Neguſ. d. 2. memb. limitat. 6. num. 55. vbi tandem quæſtionem determinat ſecutus Alex. in l. ſi hæredis ſeruus ff. de leg. 1. diſtinguentem vt ibid. per eum col. 2. vbi ait, quòd aut defunctus nomine hæredis obligauit bona hæredis, & tunc procedit affirmatiua opinio, quia tunc hæres adeundo videtur ratificare factum defūcti, & reconualeſcit actus geſtus à defuncto, aut non nomine hæredis, & tunc procedit opinio contraria. Quam Alex. diſtinctionem ſic accipit Afflict. d. deciſ. 111. num. 16 & deciſ. 200. in fin. quaſi dicere voluiſſet, quòd ſi defunctus obligauit bona hæredis, nomine hæredis obligare potuit, ſed ſi obligauit bona ſua, & hæredum ſuorum ſimpliciter, non manent obligata bona hæredum; quo ſenſu acceptam Alex. diſtinctionem non probat Afflict. quia in effectu vnus caſus ab altero nihil differt, ſecundúm eum d. deciſ. 111. num. 16. vbi idcircò ait, quòd de illa mirabantur & ipſe, & alij.

Cæterúm, Alex. ſenſus, alius videtur eſſe eo in loco, nempe, vt diſtinctio ſit inter caſum quo bona hæredis, quaſi futuri hæredis bona obligauit, & caſum quo obligauit non facta mentione hæredis, vt in iſto non teneat obligatio, qui caſus pertinet ad deciſionem tex. in l. rem alienam 2. reſponſ. ff. de pignorat. action. l. ſi Titio ff. de pignorib. in illo veró hæredis bona maneant obligata; quo ſenſu Alex. diſtinctionem accipere viſus eſt Neguſ. eidē adhærens d. 2. memb. num. 57. in fin. & ſecundúm eum, à quo verba illius non diſſonant, accipiendus eſt Alex præſertim, ne aliàs tantus Vir, diſtinctionem poſuiſſe, exiſtimetur, inter caſus, inter quos in effectu nulla eſt differentia, vel nulla differentiæ ratio. Et ſecundúm hunc ſenſum accepta & intellecta diſtinctione Alex. in d. l. ſi hæredis ſeruus, col. 2. in quæſtione an defunctus hæredis ſui bona expreſsè obligare potuiſſet, affirmatiuam ſententiam probat, ſecundúm quam, iudicatum fuiſſe, refert Afflict. eandem probans d. deciſ. 111. num. 16. & vltra citatos ab eo, & à Neguſ. d. 2. memb. num. 55. eandem ſententiam veriorem ſibi videri, ſcripſit Surd. d. deciſ. 315. nu. 10. ſecundúm quam etiam, iudicatum fuiſſe, eandem ſecutus teſtatur Vincent. de Franch. deciſ. 321. incip. Dictum eſt, num. 1. part. 2. ſequitur Pariſ. communem dicens conſ. 2. num. 35. vol. 3. nouiſsimé Addit ad Mart. tract. de clauſul. 1. part. clauſul. 85.

Quæ tamen ſententia in ſtricta iuris diſputatione dubia valde eſt, propterea, quia rei alienæ pignus, ſeu hypotheca non cōſiſtit l. 2. l. aliena res. iunct. Gloſſ. ibi ff. de pignorat. act. l. quæ prædium, cum duab. ſequētib. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit, de cuius ratione pro differentia inter pignoris conſtitutionem, & venditionem, quæ de re aliena fieri poteſt, egimus in priore huius leg. parte, verb. *emptiones*, *venditiones*, ex num. 77. & quamuis iuris interpretatione, ſeu fictione hæredis eadem perſona cenſeatur cum defuncto, ex quo actio perſonalis, quæ contra defunctum cōpetebat, contra illum competit, talis tamen fictio iuris non inuenitur in bonis, vt hæredis bona quæ alio, quàm hæreditario defuncti titulo ad eum peruenerunt, defuncti fuiſſe cenſeantur, vt ita quaſi in re propria conſtitutum à defuncto pignus dicere poſ-

multis ſequentib C. de reuocand. donation. vbi de generali iuris renuntiatione agit, tam cùm ſimpliciter hæc clauſula ſcribitur, quàm cum iuramento, nouiſsimé Mart. tract. de clauſul. 1. part. clauſul. 146. in noua editione. Ad eam veró ante omnia obſeruandũer it, us, anipriuilegiumque proprium, de cuius renũtiatione agitur, publici fauoris cauſa fuerit introductum, & elargitum; hoc enim caſu renuntiatio illius non tenebit, vt notat Gloſſ. final. & Bart. num. 2. ad tex. ibi, in l ſi conuenerit 1. ff. de pignorat. action tradit Mart. d. tract. clauſul. 22. num 5. part. 4 & magiſtraliter explicat, exemplificatque Speculat. titul. de renuntiation. & concluſ. num. 9. lib. 2. Multi ſunt autem caſus, in quibus vel ex hac vel cauſa alia ſpecialitatis etiam ſpecialis proprij iuris, priuilegijqué renuntiatio non tenet, regula prætermiſſa, ſecundúm quam, fauori, iuriqué ſuo vnuſquiſque renuntiáre poteſt, de quibus gloſſ. magna in l. pactum inter hæredem ff. de pact. & in l. penult. verb. antiqui. C. eod titul. Speculat. d. nu. 9. proſequitur Vitalis tract. de clauſul. §. His peractis, titul. An poſsit renuntiari beneficio ceſsionis bonorum, cum multis ſequentib. Et cúm non valet ſpecialis renuntiatio iuris, ceſſat controuerſia in generali.

2 Interdum etiam generalis renuntiatio iuris non erit trahenda ad caſum, in quo ſpecialis & expreſſa ſortiretur effectum, quia ſpecialitas maiorem vim habet, & magis operatur in caſu expreſſo, quam generalitas circá eundem, & ideo multi ſunt caſus, in quibus ſpecialis renuntiatio iuris proprij valet, qui tamen ſub generali iuris renuntiatione non comprehenderentur, iuxta tradita per Vital. de clauſul. §. final. ex nu. 17. vbi nu. 19. reſpondet ad regul. l. ſi duo, in fin. ff. de adminiſtrat. & pericul. tutor. Secundúm quam, tantũ operatur genus quoad genus, quantum ſpecies quoad ſpeciem, quòd non procedit in renuntiatione beneficiorũ, ad quam verba omnino generalia nõ ſufficiũt. Et nu. ſequẽti ſubdit, quòd, ſi aliquod beneficium ſit ſpecificatum, generalis renuntiatio poſtea ſubiecta in ſimilibus operabitur, & non in maioribus; quod in procuratorio mandato cum clauſula generali poſt caſus aliquos expreſſos tradit Cardinal. in clem. 2. de procuratorib quæſt. 15. & illo citato, generaliter loquens in clauſula generali, vt ad ſimilia expreſsis ſit reſtringenda, Celſ. Hug. tractat. de clauſul. num 7. pro qua ſententia facit tex in l. final. §. final. ff. de tritic. vin. oleoqué legat. á Cardinal. citatus; pro eadem citauit etiam tex in l. Plautius ff. de aur. & argent. legat. qui tamen doctrinæ huic non ita applaudit. Illa veró procedit, vt ex prædictis conſtat, cúm poſt aliquot ſpecificata generalis ſubditur clauſula.

3 At veró, ſi ſola generalis renuntiatio in ſcriptura contractus ſit, abſq; ſpecialis iuris alicuius, priuilegijue renuntiatione, cui caſui prædicta doctrina accõmodari nequit, adhuc generalis renuntiatio non ſemper de omnibus eſt intelligenda; imó talem renuntiationem in caſu iſto non valere, ex quorundã ſentẽtia tradit Specul. d titul. de renuntiat. & concluſ. verſic. Quid ſi quis, nu 7. pro qua argumentatur Vital. d. §. final. n. 21. ex cõmuni vſu, ſecundúm quem practicãtur clauſulæ ſpeciales, vt à cõtrario ſenſu intelligi debeat, quód clauſulæ omnino generales nõ ſunt ſufficiẽtes; cõueniunt adducta in ſpecie generalis renũtiationis per Tiraq. cũ citatis ab eo in præfation. l. ſi vnquã, n. 126.

4. *Potestas notariorum stipulandi pro alijs, vniuersali consuetudine recepta vbique est, & communi practica, & opinione fulcita.*
5. *Notarij legibus scriptis serui publici appellantur, vt stipulari alijs possint quasi serui perfectionem legis, idq; in actu sui muneris, nõ extra illũ possũt.*
6. *Leges in seruo publico loquentes de notarijs intelliguntur, cum communi, contra Tiraq. & Cald. intelligentes de seruo communitatis.*
7. *Intelligitur §. cùm autem instit de adoptionib.*
8. *Communis sententia probatur, secundùm quam notarij stipulatione acquiritur ius absenti irreuocabiliter ante acceptationem illius; & Lusitano iure approbata expressè est.*
9. *Probatur, etiam in respectiuis & onerosis contractibus posse notarium absentis nomine vtiliter, & efficaciter stipulari.*
10. *Notario stipulante ius absenti quæsitũ transit in hæredes, & contra hæredes.*
11. *Possessio nec verè nec fictè, per clausulam, scilicet, constituti, stipulatione notarij acquiri potest absenti.*
Stipulatione notarij non interueniente, simplici contrahentis reuocatione, aut morte illius ante ratihabitionem absentis soluitur contractus, ibid. versicul. Idquè adeò.
12. *Notarius stipulari non potest ijs qui nondum nati neque concepti sunt; & fictio legis non cadit super ijs quæ secundùm naturam impossibilia sunt.*
13. & 16. *Posteris suis nondum natis, neque cõceptis stipulari vnusquisque potest, & acquirere.*
14. *Notarius alicui, & descendentibus eius simul, nondum natis, neque conceptis vtiliter stipulatur.*
15. *Intelligitur dummodò primò nominatus cui notarius stipulatur absens sit; & pro præsente tempore contractus stipulari nequit.*
16. *Pro se & descendentibus suis nondũ in rerum natura existentibus potest vnusquisq; acceptare emphyteusim.*
17. *Seruus stipulari potest domino suo, & descendentibus illius; descendentibus verò domini sui directò & immediatè stipulari nequit; similiter in notario traditur.*

CLAVS. DECIMAQVINTA.

De stipulatione notarij absentium nomine facta.

1. NVlla alia magis frequens, assiduaquè clausula in publicis instrumentis reperitur, quàm illa, qua, notarij absentiũ nomine ad quos res gesta pertinere modo aliquo potest, stipulari, acceptareque se, scribunt; quam absentium nomine stipulandi, & acceptandi potestatem habet notarius, idquè non ex eo quia publicũ munus gerit; non enim omnes qui publicis funguntur muneribus, aliorũ nomine vtiliter stipulantur, vt videri est in aduocato, qui clientulo suo stipulari nequit, secundùm Bald. in l. vniuersos. C. de decurionib. lib. 10 Ias in l stipulatio ista §. si stipuler, num 19 ff de verbor. obligat. sed ex eo quia in hac ipsa stipulandi alijs potestate quæ illi competit, serui publici personam sustinet l. non aliter. ff. de adoptionib. l. 2. C. eod titul. l. 2 in fin. ff rem pupill. salu. fore, cum gloss. vtrobique, l. 1. §. exigere. ff. de magistratib cõueniend. l. cùm cognatos, in fin. C. de captiu. & postlim. reuers. cap quanquam, de vsur. libr. 6. quibus in locis serui publici appellatione notarius intelligitur; quanuis qui seruituti obnoxius

 est,

est, notariatus munus exercere non posſit l generali.C.de tabular. lib. 10. nec ſi reipublicæ ipſius ſeruus ſit; debet enim homo liber eſſe, qui in tabellionatus munus ordinatur; & reipublicæ etiam ſeruum prohibet ab eo generalis diſpoſitio d. l. generali, ibi, *neque vlli deinceps ad hoc officium pateſcat aditus qui ſit obnoxius ſeruituti.*

2 Et tamen ſerui publici in iure ſæpe dicuntur, qui & alijs etiam nominibus appellantur, videlicet, *notarij*, quia inſtrumenta notant, tabelliones, vt in Auth de tabellionib. collat. 3. & in c.cũ P. tabellio, de fid. inſtrumentor. (quæ eſt cõmunis & vulgaris apud nos appellatio) ſeu tabularij, vt in l orphanotrophos C. de epiſcop.& cleric.& in titul.C.de tabularijs lib.10. quia in tabulis antiquitus ſcribebatur, *ſcriniarij*. vt in l.ſcriniarios C. de teſtament.milit.quia in ſcrinijs recõdebant notas ſuas, tradit Ioan. de Graſſ.tractat de ſubſtãtialib.procurator.§ Iſtud eſt nomen commune; & quia publicũ munus gerunt, publicæ perſonę appellãtur, vt in d.l orphanotrophos, cum gloſſ. ibi verb. tabularijs, in fin. §. cùm autem, inſtit. de adoptionib. vbi gloſſ. verb. perſonæ publicæ, ideo, ait, notarium, ſeruũm publicum appellari, quia publicè ſeruit, & eandem rationem iſtius appellationis ſcripſit in d.l. 2.verb.ſeruo publico C.de adoptionib. quæ tamen idonea non videtur, quia multi ſunt, qui in ciuitate publicè ſeruiunt muneribus quibus funguntur, & ad executionem illorum compelli poſſunt, de quo agimus in Director Aduocator. citò, Deo elargiente, in lucem exituro, & tamen ſerui publici in iure non vocantur, ſicut notarij, quibus ſpecialiter nomen hoc conuenit; non ergo ex eo illud ſortiti ſunt, quia publicum munus agunt, & ad miniſteriũ illius exhibendum cogi poſſunt; ſed ex eo potiùs, quia ſtipulari alijs poſſunt, & ſtipulando acquirere, vt ex ſtipulatione ſeruorum dominis acquiritur; quam rationem aſsignat gloſſ. d. l. generali, verb. ſeruituti in princ.

Quod publicæ vtilitatis cauſa à lege inductum eſt; vt eſſet, qui alteri ſtipulari, & acquirere poſſet, præſertim ei, qui per ſe id facere impeditur, vt pupillus; & quia ſecundùm ius ordinarium, nemo alteri, ſub cuius poteſtate non ſit, ſtipulari vtiliter poteſt.l.ſtipulatio iſta §. alteri ff. de verbor.obligat.§.ſi quis alij, & §.alteri inſtit. de inutilib. ſtipulation. quod tamen fauore piæ cauſæ communiter limitatur, ſecũdùm Thom.Sanc. idem probantem de matrimon. lib.1. diſputat.7.num.10.notarijs, ad quorũ munus pertinet, publica inſtrumenta conficere de hominum commercijs, & conuentionibus, facultas hæc ſtipulandi alijs ad quos res geſta pertinere poſſet, à lege data eſt, exemplo ſeruorum, qui dominis ſuis ſtipulari poſſunt; ex quo & ſerui publici nomen acceperunt.

3 Vnde infertur primó, ipſa notarij ſtipulatione ſtatim abſenti ante acceptationem illius, ius acquiri, perinde ac ſtipulatione & acceptatione ſerui domino illius acquiritur. Et quidem controuerſum hoc valde eſt inter Doctores, adeó, vt non ſolùm communes inuicem contrariæ ſententiæ in hoc articulo referantur, vt videre eſt apud Couar. in rubr de teſtament.3 part.num.13.verſicul.Eſt tamen neceſſaria, de quo per eundem lib.1 [illegible] c.14. num.11. & duob. ſequentib. Teſſaur. deciſion. Pedemont 70.incip. Donatio abſenti facta.num.2.verſicul Secunda concluſio.& nu.4, Clar. in §. donatio q 315. num,

num. 2. & 3. Molin. de primogen. Hispanor. lib. 4. c. 2. num. 68 & 69. sed etiam nonnulli in eo variè res ponderint sibi ipsis contrarij, quos retulit Tessaur d. num. 4. qui post plurimos pro vtraque opinione in hoc articulo citatos tandem num. 5 dissidentes sententias componit distinctione adhibita, vt affirmatiua procedat re integra id est, vt stipulatione notarij actio irreuocabiliter quæratur absenti etiam ante ratihabitionem illius, quandiu res per donatorem alteri non est donata (communiter namque Doctores in articulo isto, de donatione loquũtur) quasi sic quoad ipsum donatorem donatio incommutabiliter statim valeat; at veró si per illum alteri res est donata ante ratihabitionem absentis, cuius nomine stipulatus est notarius, non possit illius postea acceptatio iuri alteri antea quæsito ex secunda donatione, vel titulo alio, quod enim in donatione loquuntur, exempli gratia est, præiudicio esse; pro qua sententia & distinctione alios citat Couar. ex quibus communem procul dubio opinionem ita esse, testatur, eandem secutus d. 3 part rubr. nu. 13. versicul. Hi verò qui; eandem distinctionem ponit, & ex alijs communem tradit Iul. Clar d. quæst. 13. num. 2. & 3. vbi quod ad secundum membrum illius attinet, omni difficultate carere, scripsit, quando secundo res tradita fuisset, cúm tunc etiam si prima donatio præsenti & acceptanti facta fuisset, secundus cui res tradita fuisset, præferri deberet, secundùm regul. l. quoties C. de rei vendicat; vbi verò nec primo, nec secundo res traderetur, censet in proposita quæstione d. num. 3. ad fin primum esse præferendum etiam si secundus priús acceptasset, licèt, inquit, hoc non transeat sinè scrupulo etiam præsupposita pro vera opinione illa, quòd simplex donatoris reuocatio non sufficiat iuxta primum distinctionis membrum, & tandem in fin. d num. 3. ait, quòd re vera hic passus est valde dubius & periculosus.

In quo vltra alios, quos sup citati referunt, & nouissimè refert Cald. in commentar. emption & vendition c, 34. num. 5. posse donatorem ipsum liberè retrocedere ante ratihabitionem absentis, non obstante notarij stipulatione illius nomine interposita probat Molin. de primog. d. lib. 4. c 2. n 71. versicul. Vtcunque autem, & num. sequenti, Decian. cons. 1. nu. 61. vol. 3. vbi hoc pro communi consulentium responso inculcat, Peregrin de fideicommiss articul. 51. num. 14. vbi ait, quód eandem sententiam probauit in tractat de iur. fisc. in loco per eum ibidem citato, quia, inquit, impossibile videtur secundúm iuris regulas, vt ex contractu vnius alteri absenti ius quæratur, & contractus ad illum trahatur sinè illius consensu per ratihabitionem declarato, eandem sententiam cum relatis ab eo nouissimè probauit Sanch. de matrimon. d. lib. 1. disput. 7. num. 11. pro ratione subdens, quia non est textus tribuens facultatem notario stipulandi pro absente extra iudicium, leges enim id concedentes, si bene, inquit, expendantur, loqui videntur in iudicio, l. 1. § exigere ff. de magistrib. conueniend. l. non aliter ff. de adoption. Quod pluribus placuit, vt refert Molin. d. c. 2. num. 70. & addit Sanch. quòd licèt statuto caueatur, vt alter alteri stipulari possit, intelligitur secuta absentis ratificatione secundúm relatos per eum ibid.

4 Sed ad illud quod dicitur de legibus quæ loquuntur in iudicialibus

bus notariorum stipulationibus, respondери potest, quód etsi leges de conuentionalibus non loquantur, consuetudine tamen vbique recepta inductum esse, vt & in conuentionibus extra iudicium celebratis notarij absentium nomine stipulentur; quam consuetudinem nostros seruare, videmus, & apud exteros eandem obseruari legímus, eaque communi Scribentium calculo comprobata est, quos copiosé recenset Tiraq de iur. constitut. 3. part limit 30. num. 23. vbi refert Alberic. dicentem, totum mũdum ita obseruare, & Bald. dicentem, hanc opinionem approbari per practicam totius mundi, & Salycet. dicentem, hanc esse communem, & consuetudine approbatam sententiam, & multa alia similia Doctorum dicta & testimonia de consuetudine vniuersali, & practica, communiqué sententia pro vsitatissima hac notariorum stipulatione refert ibidem Tiraq. & post eum Tiber. Decian. consl. 1. num. 21. vol. 3. Cald. d. commentar emption. d. c. 34. nu. 2. veramqué proculdubio, atque communem esse opinionem, scripsit Molin. d. c. 2. num. 67. in fin. pro qua nouissimé innumeros refert Cald. d. c. 34. num. 2. vbi in fin. ait, quòd communis hæc est amplectẽda, quæ apud nos moribus inualuit ita, vt citra vllum delectum iudicialium, aut conuentionalium stipulationum, ante authoritatis iudicis, notarij pro absentibus stipulari posśint; quod aut dixerat Tiraq. pluribus in id ipsum relatis d num. 23. Intelligunt verò de stipulatione vtili, qua scilicet, vtilis actio quæritur absenti absque cessione, quãuis inter eos dissidium graue sit circà reuocationem ante ratihabitionem absentis. Cúm, ergo, consuetudine obtentum hoc ita sit, quanuis de eo legem scriptam non haberemus, pro lege seruandum est, l. de quibus ff. de legib. vt ita conuentionalium stipulationũ facultas notarijs abneganda non sit, quia lege scripta non reperitur.

5 Deinde respondetur, quòd lege scripta notarij, serui publici appellantur, idque non semel, sed pluries, vt in sup. citatis apparebit; ex quo, exemplo seruorum, qui dominis suis stipulari vtiliter possunt, de quo extant tituli ff. & instit. de stipulation. seruor. stipulandi facultas absentium nomine legibus ipsis concessa illis videtur, quasi subinducta legis fictione, qua, qui verè liberi sunt, quasi serui stipulari alijs possint in ijs quæ muneris sui sunt, atque in expeditione duntaxat, & ministorio illius, extra illud, namque, alijs stipulari nequeunt, non magis quàm priuatus, vt tradit Ias. in l. stipulatio ista § si stipuler, num. 15. ff. de verbor. obligat. & alijs citatis Peregrin. de fideicommiss. d articul. 51. num. 13.

6 Et non obstat doctissimi Viri Lusitani nostri Francisc. de Cald. sententia, & interpretatio d. c. 34. num. 4. post Tiraq. ab eo relatum, & secutũ, ad leg de seruo publico stipulationis causa pro pupillo loquentes, quas contra receptissimam glossarum nostrarum, & Scribent. interpretationẽ, non de notario, sed de illo qui verè Reipublicæ seruus erat, intelligit, vt is demum, pupilli fauore, quãdo proprius illi seruus non adesset, ad stipulandum pro eo iudicis interuentu adhiberetur; in quam sententiam & interpretationem d. num. 4. ad fin. laudat Tiraq. d. limit. 30 à num. 29. vsque ad num. 44. contendentem, cõmunem sententiam de stipulatione notariorum iure non probari, quia leg. quibus illa fulcitur, in seruo publico

blico loquentes, in Reipublicæ seruo sunt intelligendæ, & in alijs casibus specialibus, vt ibid. per eum, qui eandem hanc interpretationem, & intellectum ad præcitatas leg fusè prosequitur, & probare contendit ex nu. 52. Quæ sané interpretatio, & intellectus admitti non debet, contra communem; nam etsi fateamur, proprios Reipublicæ seruos esse posse, de quibus est titulus C. de seru. Reipublicæ manumittend. qui ciuitati ipsi vel municipio, cuius sunt serui, stipulari rectè possunt l. 3 ff. de stipulation ser uor. diuinatorium tamen est, de his intelligi leg. de publico seruo loquentes ad stipulandum pro pupillo sub cuius seruitute nullatenus sunt; præsertim, quód si fauor pupillorum in causa fuit, vt aliquis adhiberetur qui pro illis stipularetur, conuenientius erat, ac magis decens, & fauorabile pupillis ipsis, per liberæ conditionis homines id munus exequi, quam per eos, qui coram, iudice, & in ciuilibus actibus, pro nullis sunt habiti. l. quod attinet ff de regul iur.

7 Denique, prædictam interpretationem oppugnat apertè tex. in § cúm autem impubes, instit de adoptionib. vbi idem proponitur casus ad stipulationem in causam pupilli, qui in l. non aliter. ff cod. titul. & in l. 2. C eod. & tamen in d. l non aliter, & in d l. 2. sub serui publici appellatione casus proponitur, & in d. §. cùm autem, sub personæ publicæ appellatione; porró, personæ publicæ appellatione, Reipublicæ seruum intelligere, absurdum est, quod nullus negabit; dicendum est, ergo, personæ publicæ appellatione ibi eum intelligi, quem leg. intelligunt in eadem casus specie loquentes, serui publici appel latione, id est, tabellionem, vt gloss. ibi. & sæpe alibi, & cõmunis Scribent. schola interpretatur; quicquid aliter existimet, & interpretetur Tiraq. loc. sup citato numer 42. illius tex. difficultatem agnoscens, cui non satisfacit.

Supradictis, itaque, responsum manet ad id quod dicitur, non esse leg. quæ tribuat notario facultatem stipulandi nomine absentium. Et ad illud quod de statuto adductum est ex Sanch. loco sup citato, quòd cùm alterum alteri stipulari permittit, intelligitur, secuta ratihabitione absentis respondetur, præsentem casum in terminis statuti alicuius specialis non consistere, quod strictam recipit interpretationem, sed ad ius commune pertinere, quo notarij, serui publici appellantur, vt hoc nomine stipulari alijs possent, exemplo seruorum, quasi fictione legis personam serui in hoc gerentes.

8 Idcircó, vt tantum operetur fictio in casu ficto, quantum veritas in vero, Auth. de sanctissim. episcop. § sponsalibus quoque, versicul. Si veró mulier, cum gloss. ibi verb. mulieris, collat. 9 quemadmodum stipulatione serui domino suo irreuocabiliter ex parte promissoris acquiritur, similiter acquiri debet absenti notario stipulante, retenta opinione, quam cõmunem dicunt, & probant Couar. & Clar. citati sup. nu. 3. & post eos communem etiam dicit, ac iure nostro Lusitano sancitam, & vbique in praxi magis receptam Molin. Theolog. eandem probans, de iustit. tom. 2. qui pertinet ad contractus disputat. 264. num. 12. versicul. Quartó tanquàm opinio, qui antea ibid. in versicul. Quid de hac re sentiam, hanc sententiam, communiorem multó videri, scripsit, atque in Lusitania nostra omnino amplectendam, non solùm quia communior est, sed etiam quia

lege

lege Regia sancita videtur, cuius verba ibi retulit ex antiqua Ord. lib.4. titul 55. in princip. quæ hodie habentur eod lib.4. titul. 63 in princ. vbi sententia hæc expressim est approbata, quam & communi iure tenendã censeo, ex sup. dictis.

9 Ex quibus secundò infero, non solúm in donatione, circá quam Doctor. communiter disputant, sed in respectiuis etiam, & onerosis contractibus, eandem absentium nomine stipulandi potestatem habere notarios; leg. enim de stipulatione hac loquentes, ad donationem non sunt restrictæ, assiduaquè, atque inueterata notariorum consuetudo in conuentionibus omnibus versatur, adeó, vt dixerit Bart in l 2. num. final C. de condict. ob caus. raró iam tunc innominatos contractus celebrari per publica instrumenta, propter solitam notariorum illis insertam stipulationem; porrò, innominatos contractus respectiuos esse, & onerosos, per se patet; quos tamen, prædicta notariorum stipulatione vallatos, propriam pænitendi naturam amittere, & stipulationis robur ac nomen assumere, sentit ibi Bart. Denique, nuncupata serui publici nomenclatura, legisquè fictio in id ipsum, in respectiuos, onerososqué contractus eandem vim habet, quàm in lucratiuos, vt in omnibus stipulari notarij æqué possint, prout assolent; quamuis videam, in illis contrarium probari communi Doctorum placito; quod vt indubitatum posuit Molin. de primogen. d. lib.4. c.2. num.69. versicul. Quod in Hispanorum, & secutus est alter Molin. d. disput. 264 num.12. versicul. Quintò, quando acceptatio, moti ex eo, quia notarius non habet potestatem alterum alterí in respectiuis contractibus obligandi; & quia eiusmodi cõtractus simultaneum vtriusque partis consensum requirunt ad sui validitatem; idcircó, quandiu absens non consentit, retrocedere alter liberè potest. Vnde & in donationibus ob causam idem tradunt, quod posterior Molin. declarat, seu limitat d. num.12. versicul. Obserua, dummodò modus, & grauamen, leue esset, rei donatæ comparatione.

Cæterúm, eodem veri serui argumento, quo semper vtimur in præsenti articulo, vtraque ratio in contrarium adducta refelli facilé potest; certum est enim, seruos etiam in respectiuis contractibus stipulari posse dominis suis; & alios illis statim & efficaciter obligare, & tamen si domini postea contractui stare nolint, resilire liberè possunt, contractu ex tunc irrito manente; quia serui dominorum suorum conditionem meliorem facere possunt, non veró deteriorem. l. melior ff. de regul. iur. l. seruus C. de pact. cum alijs, vt tradidimus sup. c.3. num.7. Et quod pertinet ad simultaneum vtriusque consensum ad stabilitatem cõtractus, satis est, à seruo loco domini præberi; similiter, ergo, hoc, & illud dicimus enenire, notario absentis nomine stipulante in onerosis, & respectiuis contractibus. Et si, sic cõtractum claudicare ex vno latere, dicatur, nouum id in iure nostro non est, de quo diximus sup. c.4. num.4. & imputet sibi qui cum præsente, vel cum procuratore illius non contraxít.

10 Tertiò infero, cum cui notarius stipulatus est, vel, illo præmortuo ante acceptationem, hæredes eius aduersus alterum aut hæredes illius illo sublato, pro complemento contractus agere posse; quod in donatione, mortuo donatore, aut donatario, ante ratihabitionẽ, securè probant aduersus alios

alios Couar.d.3.part rubr.nu.13.versicul. Illud.profectò, Tessaur.d. decis. 70.num.9.Clar.loquens in casu quo præmortuus est donator ante donatarij acceptationem.d.§.donatio.q.13. num.4. & in vtraque specie probat Molin.de primogen.d.lib. 4.c.2. nu. 77. alter Molin. dict. disputat. 264. num.13.

11 Quartò infertur, possessionem rei ne dum per actum verum, apprehensam, sed etiam per fictum, vt puta, per clausulam constituti instrumento insertam, nunquam absenti, notarij stipulatione acquiri, posse; quod probat Tiraq. d.limit 30 nu. 53. cum sequentib. qui num 10. ibid. pro hac sententia plurimos citat Authores, & alios referens sequitur Tessaur. secundùm eam in senatu fuisse iudicatum testatus d decis 70.ampliat. 2.numer.7. cuius sententiæ, secundùm eos, ratio est, quia possessio sine animo eius cui acquiri debet, acquiri non potest, vt per Tiraq.d. num. 53. qui num. 54.& 55.respondet ad tex.in l.1.§.item acquirimus.ff. de acquirēd. possess.vbi per seruum, & filium qui in nostra potestate est, earum rerum quas peculiariter tenent, etiam ignorantes acquirimus possessionem, & ad tex.in l. 1.C.eod.titul. vbi dicitur, quòd per liberam personam ignorāti quoque possessio acquiritur. Sed conuenientior ad prædictam sententiam ratio videtur, qua & omnis tollitur difficultas, quia notario sola stipulandi facultas absentium nomine competit, siue eam lege, siue consuetudine competere, dicamus; & possessio quidem nec verè, nec fictè per stipulationem acquiri alicui potest; sunt enim certi quidam modi ciuiles, quibus fictè possessio acquiritur, in quibus stipulatio non reperitur, per quam multó minus vera possessio transferri potest, quæ verum corporalemquè requirit actum; atque ita apparet, quòd notarij stipulatio ad possessionis acquisitionem nullius momenti est.

Idqué adeò verum puto, vt nec per absentis postea subsecutam ratificationem, constitutaria possessio ex præcedente stipulatione notarij vires assumat, resqué quoad eam perinde manebit, ac si stipulatio interposita non fuisset; quo casu, sola ipsa ratihabitione absentis constituti clausula effectum suum operabitur, sicut & alia in instrumento contenta, dummodó ratihabitio absentis sequatur re integra, id est, antequàm alter ex parte sua reuocet, aut moriatur; mors enim, quando stipulatio non interuenit, idem operatur, quod reuocatio, propter simultánei consensus defectū, qui simultaneus consensus nullo modo considerari potest, si, quando absens assentit, alter non consentit, vel quia mortuus iam est, vel quia in præstito antea consensu, & à nullo absentis nomine vtiliter acceptato non perseuerauit.

12 Quintó & vltimò infero, notarium non posse stipulari non dū natís neque conceptis; tales enim qui in rerum natura non sunt, seruos proprios habere, qui illis stipulari possint, natura imposibile est, & ideo notarius, qui legis quodam figmento seruus publicus reputatur, vt stipulari absentibus posit, ijs demum stipulari poterit, qui secundùm rerum naturam habere possunt seruos, & non illis, quos eos habere, natura impossibile est; fictio, namque, super his quæ sunt imposibilia de natura cadere nequit, l. adoptio ff. de adoptionib §. minorem instit. eod titul. tradunt Bart & alij in l. Gallus § si. eius ff. de liber & posthum. post glossam magn. ibi, quam notabilem vocat Ias. in repetit:

repetit.l.si is qui pro emptore num. 209.ff.de vsucapionib. vbi Bart.num. 22.ita magistraliter tradidit, & leg. alias pro doctrina ista allegat Iaf ibid. num.212.cum sequentib.Gom.1.tom. variar.c.10.num. 8. & num 27.post med. quo fundamento hanc sententiam tenendam puto,cui adstipulatur communis notariorum stylus,& consuetudo, quæ est de stipulatione absentium nomine.; absentium enim nomine,secundum communem sensum loquendi & intelligendi, eos intelligimus qui à loco celebrationis contractus absunt, non verò qui in rerum natura non existunt.

13 Quanuis Decian.conf 1.n 24. vol 3 contrariã sentẽtiam probet, verius esse,existimans,notariũ posse stipulari pro non dũ natis, aut cõceptis, per iura quæ allegat,quæ in dissimili casu loquutur, sicut & Bart.ab eo citatus in l.item prætor ff.de suis & legitim. hæredib. vbi loquitur de illo qui nepotibus suis non dum conceptis stipulatur,quod facere vtiliter potest,de quo per Iaf.ab illo item citatũ, in l.quod dicitur 2.nu.43.& sequenti ff.de verbor.obligat. vbi alios refert contra Bart.tenentes in casu illo; qui quidem, vtcunque res circà eum se habeat, differt à præsenti, & diuersa in illo militat ratio; quia ille, Bart. opinione ad eum retenta, secundùm fictionẽ non procedit, sed secundùm veritatem, nec enim fictione aliqua legis opus erat, vt quisque posteris suis non dum natis, neque conceptis stipulari posset; sed quia ad rem cuiusque pertinet, posteritati suæ consulere, & prouidere, & stipulationes inuentæ sunt ad hoc vt vnusquisque sibi acquirat, quod sua interest.l.stipulatio ista §. alteri ff de verbor.obligat.§.alteri,instit. de inutilib. stipulationib.idcircò sustineri potuit stipulatio,secundùm earum naturam, pro posteris non dum natis, neque conceptis;quod longè aliter se habet in stipulatione notarij, de qua agimus, cuius nihil interest. alijs, quibus stipulatur acquiri; & ideo,vt ea valeret, fictione legis opus fuit, quæ pro non dum conceptis locum sibi vendicare nequit ex ratione de qua sup.

14 Sic tamen prędicta sententia est accipienda, vt intelligatur, quando notarius principaliter & immediatè stipulatur ijs qui non dũ sunt in rerum natura,verb gratia, si agatur de institutione maioratus in descendentibus Petri qui cõcepti non dum sunt; nihil enim proderit notarij stipulatio,secus si Petro, & liberis ex eo descendentibus stipuletur;tunc enim & Petro, & posteris illius vtilis stipulatio erit, quasi in Petri persona radicata in posteros inde effluens.

15 Quod, rursus, acceptum sic volumus, vt intelligatur de stipulatione notarij pro Petro & descendentibus illius qui non dum nati, neque concepti erant,quando absente Petro stipulatus est notarius; si enim præsẽs erat, stipulando illi & posteris illius, nihil agit; quia notarius præsentibus qui stipulari sibi possunt, stipulari non potest; quam enim habet à lege stipulandi potestatem,pro absentibus & qui sibi stipulari non poterant, fictione sæpius dicta introducta est,qua, vtique, fictione opus non erat pro præsentibus qui sibi stipulari vere possunt;pro præsente,itaque,stipulatio notarij inutiliter adijcitur, tanquàm sinè lege & consuetudine interposita,nam & stipulandi consuetudo eorum dirigitur in absentes. At verò, si posteros qui nõ dum nati nec concepti sunt consideramus, nec in persona eorum quasi absentium sustineri stipulatio potest, ex ratione

quam

quam diximus.

16 Reliquum eft, ergo, vt in cafu ifto, quando, fcilicet, in perfona Petri qui præfens inuenitur, & defcendentium eius inftituitur maioratus, aut alius celebratur contractus, ad Bart. fententiam in d l. item prætor ff. de fuis & legitim. recurrere, neceffe fit, fecundùm quam pôteft vnufquifque pofteris fuis non dum natis, neque conceptis ftipulari, & emphyteufim pro fe, & illis acceptare; quod idem tenuit Bart. in d. l. quod dicitur 2. num penul. ff. de verbor. obligat. vbi Iaf. d. num. 43. pro Bart. fententia eandem fecutus alios refert, & pro eadem alios refert, & fequitur Aym. Crauet. conf. 19. incip. Super tranfactione num. 10 in princ.

17 Ex qua fententia confirmatur illa quam pofuimus de ftipulatione notarij pro Petro abfente, & defcendentibus illius quos non dum habebat; etenim ex ftipulatione acquiritur ius Petro, iuxta communem fententiam frequentifsima vbique confuetudine approbatam, vt fup. tradidimus, illudquè ftatim firmum & irreuocabile, vt probauimus, perinde ac fi per verum Petri feruum eiufcemodi ftipulatio effet interpofita; hoc verò ius Petro acquifitum, ex perfona illius pofteritati fuę potuit acquiri, fecundùm prædictam Bart. & Sequacium opinionem; atque ita ftipulatio notarij quæ non dum natis, neque conceptis prodeffe non potuit, hoc modo vtilis illis manet; quod & & veri ferui argumento, ad cuius exemplum hæc omnia deducimus, facilè comprobatur; fi enim is domino fuo, ac defcendentibus illius ftipuletur, vtiliter omnibus ftipulatur; quanuis enim defcendentium feruus non fit, ex quo videbatur, non poffe illis ftipulari, idquidem ingenuè fateor, fi in defcendentes domini fui ftipulationem directò & principaliter contulit, at verò, dum directò & principaliter confert in domini fui perfonam, bene agit, & tunc ius per feruũ domino acquifitum, ex perfona ipfius domini qui nafciturıs fibi liberis ftipulari, & acquirere potuit, iuxta Bart. fententiam, tranfmitti in illos potuit. Similiter, ergo, de notarij ftipulatione, abfentis, liberorumquè eius nondum in rerum natura exiftentium nomine facta dicimus.

Decimæ fextæ claufulæ

SVMMARIA.

1. *Claufula*, omni meliori modo, *habet vim inftitutionis, & vim claufulæ codicillaris.*
2. *Claufula*, omni meliori modo, *in contractibus operatur, vt de validiori intelligatur; & quando locum hoc habeat, explicatur. Et ad incogitata non extenditur; nec circà non expreffa operatur, nifi cùm poft expreffa additur claufula ifta cum copulatiua dictione,* Et. *Nec tollit libelli ineptitudinem.*
3. *Vbi actus peccat in forma, non operatur validitatem illius claufula, quòd valeat omni meliori modo.*

CLAVSVL. DECIMASEXTA.

De claufula, omni meliori modo, & forma iur.

1. HÆc claufula celebris eft apud Scribentes; in iudicijs verò, & teftamentis

Q fre-

frequentissima est, & plures operatur effectus; sex ponit Felin. in c. cúm super, num. 11. de offic. & potestat iud. deleg. fuse prosequitur Cardin. Dominic. Tusch practicar. conclus. iur. tom 1. conclus. 358. per tot. sub liter. C. vbi multa cumulat circà iudicia, & testamenta; inter quæ illud est, quòd in testamentis titulum institutionis in legitima liberorum supplet, & clausulæ codicillari æquipollet, vt ibid per eum, num. 23. & sequenti, & num. 30. Mart in tract. de clausul. 1. part. clausul. 88. secundúm posteriorem editionem, num. 6. vbi, quòd hæc clausula clausulæ codicillari æquipolleat, commune dicit ex Bart. & Doctor. in l. codicillis §. final. ff. de leg. 2. & operatur, vt quæ relicta sunt, iure institutionis intelligantur relicta, si alio modo inutilia redderentur, vt ex alijs quos refert, tradit Ascan. Clem. de patr. potestat. effect. 16. num. 8 & num. sequenti hoc approbat, quãdo clausula de mente testatoris apposita fuit, secus si de stylo notariorũ; in dubio veró, non censetur apposita de stylo notariorum, sed ex mente disponentis, secundùm eum ibid. quod & ad omnia in testamento per notarium scripta ex alijs tradit Mart. clausul. 33. part. 4. num. 1.

2 In contractibus veró clausula ista non ita frequens, nec effectiua est; scripsit tamen Grat. cons. 7. num. 24. & sequenti, relatus à Tusch. loco citato, num. 37. quòd clausula hæc contractui adiecta facit eum valere in vim validioris contractus, idem citato Grat. in loco illo, & Riminal. iunior. cons. 23. num. 147. tradit Mart. d. clausul. 88. num 9. Quod tamen intelligendum est, quando contractus nomen à contrahentibus expressum, æquiuocum est ita, vt duobus æqué conueniat; exemplum est in donatione facta cum aliqua mortis mentione, quæ de donatione causa mortis, & de donatione inter viuos, secundùm varias coniecturas intelligi potest; quód si adijciatur ei clausula, quód valeat omni meliori modo, & forma iuris, de donatione inter viuos intelligetur propter clausulæ adiectionem non obstante mortis mentione, quia hæc melior & validior est, quàm donatio causa mortis; & ita nuncupatim tradit Menoch. de præsumpt. lib 3. præsumpt. 35 num. 14. cum relatis ab eo ibi. Vel etiam prædicta conclusio est intelligenda quando contrahentes duos, aut plures expresserunt contractus in instrumento cui clausula hæc adiecta reperitur, tunc enim illa operabitur, vt validior intelligatur celebratus, alioquin si vnum tantúm expresserunt, nec illius nomen æquiuocum est, circá illum solummodò vis clausulæ operabitur, & non porrigetur ad alium cuius non meminerunt; tum, quia clausula hæc ad incogitata non extenditur, vt cum Roman. cons. 294. incip. Hæc confessio, in fin. tradit Felin. d. c. cúm super, num. penult. Tusch d. conclus. 358. num. 58. Mart. d tractat. de clausul. 3. part. clausul. 56, num. 7. tum, quia etiam in iudicijs, vbi clausula hæc operatur, vt ea videatur actio intentata, quæ vtilior sit agenti, iuxta tradita per Tusch ibi num. 4. cum sequentib. hunc tamen non operatur effectũ quando agens, in libello ad certam petendi causam & actionem se restringit, vt ad interpretationem l. habebat ff de institor. act. contra alios probat Pinel. noster in l. 2. 3. part. c. 3. num. 29. C. de rescind. vendit. Valasc. de iur. emphyt. quæst. 6. num 16. quorum sententiam nouissimè sequitur Mend. à Castr. in practic. Lusitan. lib. 3. cap. 2. num. 9.

Con-

Conuenit, quòd clauſula prædicta circà non expreſſa nihil operatur, vt ex Felin d.c cúm ſuper, num. 12. & alijs tradit Tuſch.d.concluſ.358 num. 50 Mart.d clauſul 88 num.3. & final. 1 part. vbi limitat quando poſt expreſſa clauſula hæc additur cum dictione copulatiua, &, vel alia ſimili, quia tunc vltra expreſſa operabitur clauſula, & rurſus 3.part.d clauſul.56. num. 5. cum tribus ſequentib. Nec tollit libelli ineptitudinem, vt cum alijs ab eo relatis tradit Vant de nullitatib.titul de nullitate ex defectu iuriſdictionis,& vnde ac quibus mod. proueniat,num.174. Menoch. lib.4. conſ.316. num 10 & ſequentib

3 Item vbi actus peccat in forma, prædicta clauſula formæ defectũ non ſupplet,ſed illa potiús manet inanis, ſicut & actus cui adijcitur, vt tradit Felin.d.c.cúm ſuper, nu final. Euerard. in locis legalib.loc.10. à defectu formæ, verſic. Quod eſt, verum, vbi ad hoc dicit notabilem tex. in c. vnic vbi id notant Dominic & Philip. Franc de poſtulat. prælator lib.6. Tuſch.concluſ citata num.60 vbi ex num.58 alios, adducit caſus, in quibus illa nihil operatur. Hæc nunc de contractibus in genere dixiſſe, ſatis ſit, quibus præſens clauditur opus. Vtinam, cui contigit, clauſula hac, *omni meliori modo*, claudi, contigiſſet, elaboratum bene fuiſſe. Porrò, contigiſſet, & meliori quidem modo, ac fructuoſiùs claudi, quam quem clauſula ipſa importat, ſi labor iſte meus acceptus ſit coram illo, cui, ſi quid in opere boni eſt, acceptum refero, tanquàm datum ab eo à quo omne datum optimum, & omne donum perfectum eſt.

LAVS DEO.

INDEX IVRIVM

QVÆ IN HAC 2. PART. COMMENTARIORVM L. EX HOC IVRE ff. DE IVSTIT. ET IVR. EXPLICANTVR.

Ex Digesto veteri.

Ex

Ex Infortiato.

Ex Digesto nouo.

Ex Codice.

Ex Authent. volumine.

Ex Institutionib.

Ex Decretalib.

Ex lib. sexto Decretalium.

Ex Decreto.

Ex Lusitaniæ Regni legib.

INDEX, SEV REPERTORIVM notabilium Rerum, quæ in hac secunda parte commentariorum. l. Ex hoc iure. ff. de Iustit. & iur. continentur.

Abbas.

Actio.

Administrator.

Æstimatio.

Alienatio.

Annus.

Argumentum.

B.

C.

Cautio Mutiana, & de modo implendo.

Cessio bonorum.

Citatio.

Ciuitas.

Intelli-

Clausula depositaria.

Clausula, quòd in persona alicuius officialis pars citari possit.

Clausula, quòd stetur partis iuramento.

Clausula, quòd priuata contrahentium scriptura inter ipsos valeat vt publica.

Clausula, omni meliori modo, &c.

Clericus.

Conditio.

Conductor.

Confraternitates.

Consuetudo.

Contractus in genere.

Contractus gratuiti, & onerosi.

Creditor.

D.

Debitor.

 tene-

Dictio.

Dominus, & Dominium.

Dominium

Donatio, & Dos.

E.

Ecclesia.

Fideiussor.

Filiusfamil.

Fiscus.

Forum.

Fructus.

I.

Ingratitudo.

Instrumentum.

Iratus.

Iudex.

Iuramentum.

Iurisdictio.

Modus.

Monachus.

Mulier.

Mutuum.

N.

Nomen.

Notarius.

mercede

Pater.

Pater

Patria potestas.

Peculium.

Persona.

Pignus.

Pæna.

Possessio.

Primipilus.

Princeps.

Procurator.

Prodigus.

Prodigi

Q.

R.

Sponsa, & sponsus.

Testatoris

Vniuersitas.

Votum.

Vsura.

Vxor.

LAVS DEO.

CAPI

CAPITVM REPERTORIVM, AC SINGVLORVM argumenta,ſeu breuis,& compendioſus omnium extractus.

INITIVM.

De definitione, & origine contractus. pag.1.

DE definitione contractus agitur,& communis defenditur,& explicatur, de qua in l. Labeo.19. §.contractum ff.de verbor. ſignificat. Curioſa deinde annectitur diſputatio, ſeu inueſtigatio circà contractuum antiquitatem & prioritatem; in qua, temporis prærogatiua inter omnes hominum conuentiones, matrimonio excepto, permutationi datur.

CAP. PRIM.

De Principis contractu. pag.10.

PRinceps contrahendo cum ſubditis, naturaliter,& ciuiliter illis obligatur; & etiam præceſſoris ſui contractum ſeruare tenetur, nec priuilegia contractus cauſa elargita reuocare ſinè cauſa poteſt. Specialia tamen multa Principalibus contractibus ſunt attributa.Inter quæ vnum eſt,ius taciti pignoris; quod tamen non competit cum priuilegio prælationis aduerſùs anteriores creditores tacitam habentes hypothecam; in quo dotale priuilegium, pinguius reperitur; fiſcus veró & princeps præfertur anterioribus expreſſam generalem habentibus,in bonis à debitore poſt contractum cum principe geſtum acquiſitis; ſimiliter & mulier. Agitur de duobus hypothecarijs creditoribus inter quos de prioritate non conſtat.Deinde de pignore iudiciali,ſententia præcedente,quod anteriori conuentionali præfertur,ex iure Regio Luſitano;

Lusitano; cui & fiscale debitum subijci, probatur. Deinceps de debito ex primipilari causa contracto, quod specialissimum antiquitus erat; hodie verò in vsu non est. Vltima disceptatio est circà restitutionis auxilium ad Principis contractus.

CAP. SECVND.

De filijfamil. contractu. *pag.31.*

FIliusfamil. regulariter contractus celebrare, potest, & ex illis efficaciter obligatur. Mutuum excipitur, aduersùs quod Senatusconsulti Macedoniani exceptione iuuatur. Quæ tamen exceptio locũ non habet, quando mutuum fit in re alia à pecunia numerata; nec item, quando filius castrense peculium habebat mutui dati tempore; aut quasi castrense; aut etiam aduentitium cum vsufructu bonorum. In profectitium habente, atque administrante de patris consensu idem traditur, constituta tamen differentia inter hoc & illa. Et quamuis habeat à patre liberam peculij administrationem, de illo mutuare non potest alij filiofamil nec facere donationem. Voto, item, filium sub patris potestate constitutum non obligari traditur; quod de reali intelligitur; & in hoc etiam fallit interdum. De quo, & de votis impuberum, ac de irritatione eorum subditur disputatio. Agitur deinde de actione orta ex filij contractibus, quando illi, & quando patri quæratur; item de iniuriarum actione propter iniuriam filio factam. Et de actionum exercitio pro peculiaribus filij negotijs. Postea de passiua in patrem actione ex filij contractu proficiscente. Vnde lata texitur disputatio de actionibus de peculio, quod iussu, de institoria, exercitoria, de tributoria, & de in rem verso, cum differentijs earum inter se.

CAP. SEXT.

De contractibus seruorum. *pag.84.*

SErui ex contractibus à se gestis ciuiliter obligari nunquam possunt, sed tantùm naturaliter; adeó vt nec post manumissionem de negotio in seruitute gesto ciuiliter teneantur. Secum tamen contrahentes dominis suis obligant; & domini ex contractibus illorum non obligantur, præterquàm si illis vti malint, & in certis quibusdam casibus, videlicet, in actionibus, *de peculio, quod iussu, exercitoria, institoria*, & *de in rem verso.* Matrimonium legitimè contrahunt, Pontificio iure (quod attenditur) eoque astringuntur non solùm quatenus est Sacramentum, sed etiam quatenus est contractus, propter Sacramenti concomitantiam. Pactis autem dotalibus non obligantur, & illis non obstantibus, acquisita per eos cõstante matrimonio, deducto inde vnde coniux & filij, si liberi sunt, alantur, dominis acquirunt. Ex quo vltimó notatur legalem in Regno nostro bonorum communionem, ac societatem inter coniuges inductam, ad seruilia consortia non pertinere.

CAP.

CAP. QVART.

De contractibus monachorum. pag. 91.

Monachus in acquirendo, nunc filiofamil. nunc seruo æquiparatur, quia quicquid acquirit, monasterio suo acquirit, vt illi patri, aut domino acquirunt. Sed in contrahendo differt ab vtroque religiosus, quia contrahendi ex persona sua ac suo nomine omnino incapax est, vt nec naturaliter obligetur, nec secum contrahentem, sibi, aut monasterio suo obliget. Nec monasterium vnquam obligatur ex monachi cõtractu quem suo nomine post ingressum gessit. Et, quid de eo quo ante monasterij ingressum tenebatur, discutitur. Item de ære alieno cui monialis obstricta erat ante sacrum velamen assumptum. Adeò autem monachus contrahendi incapax est, vt nec de superioris sui licentia gestus suo nomine contractus teneat. Valet verò quando monasterij nomine contrahit de superioris, & maioris partis capituli consensu; præterquàm in paruis, quæ per se solus abbas exercere potest, circa quæ solius ipsius consensus ad contrahendum monacho satis erit. Nec sinè superioris sui licentia procurator alterius esse potest; quando veró de licentia illius munus hoc exercere valeat, & aduocare etiam licitè possit, explicatur. Postremò agitur de munere executoris vltimarum voluntatum, quod Religiosi, Minorum Ordine excepto, prælatorum suorum consensu iustè suscipiunt.

CAP. QVINT.

De contractibus minorum. pag. 103.

Minor adultus curatore carens omnem contractum gerere regulariter potest; sed immobilia minoris sinè iudicis decreto alienari non possunt, nec oppignerari; &, si rem emat cum pacto vt res ipsa maneat obligata venditori donec pretium exoluatur, pactum non valere, traditur, iuxta difficilem Vlpian. text. in l. 1. §. final. ff. de reb cor. decidendi ratione ad eum assignata. Quod secus est in venditione cum pacto resolutiuo, quod, cum communi, valere, probatur, differentiæ ratione inter hoc, & illud constituta. Traditur deinde, mobilia pretiosa, & quæ seruando seruari possunt, à curatore, nec à minore ipso illum non habente, sinè decreto alienari non posse, præterquàm si veniam ætatis minor impetrauerit. Cúm veró sinè decreto alienata reuocat, pretium in illius vtilitatem versum reddere tenetur; versum autem in vtilitatem illius probare debet empor. Circà quod inter minorem, & mulierem coniugatam rem repetentem sinè consensu illius à marito alienatam, ex iure Regio Lusitano, vna, aut altera differentia annotatur. Subiungitur deinceps disputatio de minore curatorem habente; quem sinè illo nec circá castrensia, aut quasi castrensia, exceptis quæ ad beneficialia pertinent, traditur, non

non posse contrahere, ita tamen contrahendo naturaliter obligatur, vt & pupillus inconsulto tutore contrahens. Quamuis autem minor non obligetur, obligat sibi secum contrahentem, si contractui stare minor ipse vult; & interim qui cum eo contraxit, conuenire minorem potest, vt vtramuis partem eligat, quo sic contractus vtrinque firmetur, aut nullus ex vtraque parte declaretur. Agitur deinde de reualiditate contractus quiquennij lapsu, & de quaquadriennio ad implorandam restitutionem, quando hoc, & illud currere incipiat minori qui veniam ætatis impetrauerit, aut vxoratus est, ad ius Regium Lusitanum. Postremó, de illo qui se maiorem dixit, ad restitutionis, & nullitatis causam.

CAP. SEXT.

De prodigi contractu, ac similium personarum. *pag.* 121.

DE prodigi actibus larga, nectamen prodigalis intexitur disputatio; quæ primò versatur circà gesta ab eo ante interdictam illi per iudicem bonorum suorum administrationem; quæ tenere, etiam in notorio prodigo tenet communis; sed distinctione resoluitur quæstio, qua vtraque conciliatur opinio Deinde, de beneficio restitutionis prodigo competente post interdictam bonorum administrationem, agitur. Ad quam causæ cognitio cum ipsius prodigi citatione præcedere semper debet Et an interdicta censeatur ex sola prodigalitatis sententia declaratoria, publicum ve proclama, aut per curatoris dationem, disputatur. Item, an nô rectè facta valeat, quia, scilicet, ex falsa causa facta fuit. Postea de prodigo cui bonis est interdictum, ad contractus, & delicta obiterqué ad actiuam testamenti factionem Vltimò de recuperanda bonorum administratione ob morum sanitatem recuperatam. Annectitur subinde disputatio de mente capto, ac de eo qui, etsi compos mentis, hebes tamen, & rudis natura sua est ad rei familiaris administrationem. Et de illo qui iracundiæ calore concitatus cum hominibus contrahit, delinquit, aut Deo vouet, de ebrio, de mutuo & surdo simul, an ab his acta teneant. Et postremò, remissiuè de luxurioso, & muliere luxuriosè viuente; de lusore, & guloso.

CAP. SEPTIM.

De contractibus mulierum. *pag.* 143.

MVlier alienam in se suscipiens obligationem, Velleiani Senatusconsulti exceptione iuuatur; qua & in foro conscientiæ vti potest, & fideiussori etiam illius competit. In aliquibus tamen casibus illa locum non habet. Et de renuntiatione illius disputatur. Item, de pretio ab illa inter-

cessionis suæ causa recepto, ad ius commune, & Regium Lusitanum, quod in hoc à communi deuiat. Postea de mulieris coniugatæ fideiussione agitur ad Regij iuris intellectum. Longa subinde texitur disputatio de prohibita coniugatis bonorum administratione, ac contrahendi facultate inconsultis viris, ex Regni cõsuetudine; tribus nouè subiectis, discussisquè quæstionibus; prima, an consuetudo, simili ve statutum sponsam comprehendat Secunda, an locum habeat in vxore cui legatum relictum fuit ea conditione, aut modo, vt liberam ipsa illius administrationem habeat viro inconsulto. Tertia & vltima an mulier nominare posit ad emphyteusim absque mariti consensu. Postremò subditur de mulieris contractu, viro peregrè commorante, vel vtilitatis causa celebrato. Et de iudicio ab illa irrequisito marito agitato.

CAP. OCTAV.

De contractib. ciuitatum, & communitatum aliarum.

Ciuitas obligatur ex mutuo quanuis in rem illius versum non sit quando per decuriones suos contraxit, vel per administratorem, seu syndicum speciale ad id mandatum habentem; nec enim ad obligationem ex mutuo, generale sufficit; tametsi inter priuatos satis id sit; quod & sufficiens est ad obligandam ciuitate ex alijs contractibus præter mutuum, per generalem administratorẽ, illius nomine celebratis. Et administrator nomine ciuitatis vbique contractũ gerere potest; sed ciuitas cùm per se ipsam, id est, per decuriones suos rem agit, in loco curiæ agere debet duabus ad minus totius concilij partibus præsentibus, & de consensu maioris præsentium partis. An verò ciuitas circà res ac personas singulorum de communitate contrahens, obliget eos qui non consenserunt, latè discutitur, communi sententia affirmante primó adducta, ac deinde conttaria, quæ præmissis nonnullis conclusionibus regulariter probatur. Postea de restitutionis auxilio ciuitati competente annectitur disputatio; ac de probatione mutui in illius vtilitatem versi. Vltimò, de tacito pignore in bonis administratoris, & magistratuum; ac de patris obligatione pro filio sub potestate sua constituto ad decurionatus munus assumpto.

CAP. NON.

De Ecclesiæ contractibus.

De ecclesiæ contractibus agitur, qui per solum illius prælatum geri nequeunt, sed debet interuenire capitulum, aut maior pars eius; & nec sic tenetur ecclesia de mutuo illius nomine recepto, nisi probetur, in com-

in commodum illius versum fuisse. Res autem ecclesiæ vltra triennium locari non possunt; nec immobilia, & etiam mobilia pretiosa, sinè solenntate, & causa alienari. Et de re solita emphyteuticari, traditur. Postremò, de bonis hospitalium, capellarum, & confraternitatum.

CAP. DECIM.

De procuratore. pag. 200.

QVod minor viginti quinque annorum ad iudicia procurator esse non possit, cum communi probatur; quæ in casu vno limitatur ad ius Regium Lusitanum, & in altero ad commune, intellecta l. si collactaneus ff de manumiss. vindict. & §. eadem lege, versicul. final. instit. quib ex caus. manumitter. non licet. Ad negotia verò minorem cuiuscunque ætatis ratione vtentem procuratorem constitui posse, cum communi etiam probatur. Similiter seruus, ad negotia procurator fieri potest, siue proprius, siue alienus; ad iudicia nequaquam. Quod & mulieri æquè conuenit. Diuersum in militibus reperitur, tam armatæ, quàm cælestis militiæ, qui nec ad negotia, nec ad iudicia procuratores constitui possunt. Et procuratoria exceptio, dilatoria est; quã tamen in aliquibus & post litem contestatam opponi posse, traditur.

CAP. VNDECIM.

De ijs in quibus conueniunt contractus omnes, omnibusquè communia sunt.

Conuenientia. 1. contractuum. pag. 212.

OMnibus contractibus qui in publico instrumento celebrantur, commune initium est, *In Nomine Dei, Amen*; quod ab alijs inter solennia instrumenti annumeratur; illius tamen omisione actum non vitiari, cum communi probatur. Rursus, commune est omnibus, vt contractus nomen exprimatur. Item tempus celebrationis illius computatione annorum á Natali Dominico deducta. Quæ olìm apud Hispanos, & Lusitanos ab Aera Cæsaris fieri consueuit. Quando verò computatio annorum ab Aera inceperit, inter Authores constat; qui tamen de nominis origine seu etymologiã, causaquè computationis ab illa, varia proferunt iudicia. Deinde, ad tempus, & locum contractus disputatur, an horum omisio in instrumento vitiet actum. Item, de nominibus contrahentium in instrumento scribendis, postremò agitur.

Conuenientia.2. pag.220.

COntractus in testamento celebrari possunt; quod de illis non intelligitur, qui natura sua morte extinguntur, cuiusmodi est mandatum, & societas, quæ nec ex contrahentium pacto transit ad hæredes. Cúm autem in testamento contractus celebrantur, firmi permanent etiam illo reuocato, seu quoquo modo irrito; & duorum testium numero ad probationem eorum contenta est communis.

Conuenientia.3. pag.220.

COntractus subijciuntur statuto loci in quo celebrantur, quoad solennitates, & litis decisionem; sed in ordine processus iudicij locus attenditur. Ad dotem verò siue restituendam, siue lucrandam domicilium mariti spectatur. Et in ambigua voluntate contractus intelliguntur celebrati secundúmq; consuetudinem.

Conuenientia.4. pag.222.

COnditio turpis, aut impossibilis vitiat contractus; non veró vltimarum voluntatum dispositiones, è quibus tales conditiones reijciuntur. Quæ & è matrimonij contractu tolluntur, nisi tales sint quæ lædant substantiam illius. Differentiæ autem ratio inter contractus, & vltimas voluntates assignatur.

Conuenientia.5. pag.225.

AGitur de spe conditionalis contractus ad hæredes transmissibili. Quod an in potestatiua etiam conditione locum sibi vendicet, anceps est quæstio; ad cuius resolutionem, eiusquè ornatum nonnulla de potestatiua conditione curiosé traduntur, cuius duæ constituuntur species. Intelligiturquè tex. in l. si decem cúm petiero ff. de verbor. obligat. & difficilior alter in l. qui Romæ. §. Augerius, eod. titul.

Conuenientia.6. pag.237.

CAutio Mutiana quæ in vltimæ voluntatis relictis locum sibi vendicat, quando conditio impleri nequit in vita illius cui sub illa relictum extat, in contractibus locum non habet, nec si bonæ fidei contractus sint. Cautio verò de modo implendo admittitur in contractibus, æqué, vt in vltimæ voluntatis relictis. Et cautiones hæ præcisam secum non portant necessitatem. In quo differunt ab illa, cui debitor in diem, aut sub conditione, obnoxius est ex suspicionis causa post contractum emergente, cúm antea lateret; quam, etiam nulla superueniente causa, præstare tenetur cum fideiussore, aut

re, aut pignore debitor ex testamento. Quod tamen in maioratus possessore, tametsi in testamento fuisset institutus, limitatur.

Conuenientia.7. pag.246.

DE conditionis retrotractione agitur, quæ in contractibus quandocunque illa existat, locum habet; non verò in dispositionibus vltimarum voluntatum; inter quas & contractus, differentiæ ratio assignatur. Et retrotractionis regula in contractibus fallentias suas patitur; quarum nonnullæ traduntur, illa latiús disputata quæ ad potestatiuam pertinet conditionem, cum intellectu tex. in l. qui balneum, versicul. Ampliùs ff. qui potior. in pignor. habeant.

Conuenientia.8. pag.251.

OMnibus contractibus commune est, vt debitor conueniri possit, vbi contraxit, sicut & delinquens in loco delicti sortitur forum. Sed est differentia, quia delinquens, in loco delicti accusari etiam non inuentus in illo potest; & est remittendus ad eum; debitor verò ex contractu conueniri potest in loco contractus, si in illo sit inuentus, & non aliàs; præterquàm in certis aliquibus casibus, in quibus communis regula & conclusio limitatur. Quæ deinde declaratur, vt appellatione loci contractus, vt debitor in eo conueniri possit, si ibi inueniatur, is intelligatur, in quem destinata est solutio Postea de conuento arbitraria actione agitur, qui termino transacto, quocunque in loco conueniri potest. Ac tandem de foro domicilij, in quo speciale illud est, vt & non inuentus in illo, conueniri debitor ibi possit; intellecto tex. in l. hæres absens §. final. ff. de iudic.

Conuenientia.9. pag.259.

PLena probatio in contractibus efficitur duobus testibus. Et vnus semiplenam efficit probationem dummodó omni exceptione maior sit; quâ uis si vnus aliqua suspicionis causa laboret, & alter integræ fidei sit, plenè probent. Quod tamen aliquando fallit, vt in criminali causa, & matrimoniali; in quibus vt duo plenè probent, omni suspicionis nota immunes esse debent. In vltimis verò voluntatibus plures, quám duo, aut tres testes desiderantur. Quod & in actibus inter viuos euenire aliquando potest humana lege statuente; qua & probatio per testes in aliqnibus casibus irritari potest, admissa duntaxat quæ per instrumentum publicum fit. Sed lege humana effici nequit, vt vnius duntaxat testimonio plené credatur. Cui tamen, si certũ illud sit, cõuentione pacti credet se possunt contrahentes.

Conuenientia. 10. pag. 264.

Contractus de re turpi, non valet iure ipso, sicut nec celebratus ob turpem causam, veluti, cùm promittitur, vt maleficium fiat. Ad quem casum pertinet quæstio de promisso meretrici coitus causa; in qua communes inuicem contrariæ adducuntur; & cum Accurs negatiua probatur. Promissio verò, ne maleficium fiat, mero iure tenet; sed exceptionis ope eliditur; & solutũ ex ea repeti potest, quod secus est de soluto stipulationis causa, vt maleficium fiat.

Conuenientia. 11. pag. 269.

Contractus omnes per procuratorem celebrari possunt; in quo á testamentis discernuntur, quorum ordinatio procuratori committi nequit. Et quanuis mandatum ad contrahendum reuocetur, valet contractus virtute illius gestus, procuratore, & altero contrahente de reuocatione ignaris. Quod in mandato ad matrimonium contrahendum secus est Similiter in mandato ad iurandum, ad vouendum; quæ omnia per procuratorem speciale mandatum habentem fieri possunt. Alia autem quæ corporalem exigunt actum ad sui expeditionem, aut propriæ partis præsentiam, per procuratorem geri non possunt.

CAP. 12.

De generalibus contractuum differentijs.

Differentia. 1. pag. 274.

Contractus alij, ac pene omnes iuris gentium origine sunt, alij iuris ciuilis. Et quanuis princeps generali lege statuere posśit, ne iuris gentium cõtractus valeat absque certa aliqua solennitate eadem lege præscripta, illum tamen absolutè tollere non potest. Hæc veró circá iuris ciuilis contractus potestas illi competit.

Differentia. 2. pag. 277.

Contractus alij nominati, alij innominati dicuntur; inter quos differentia multiplex reperitur. Et inter alias, præcipua illa est, quæ spectat ad actionis ortum, quam nominati producunt ex ipso consensu; in innominatis veró ante rei traditionem, aut facti implementum non oritur. Idqué, non solùm ciuili, sed Pontificio etiam iure, quo leges ciuiles de innominatis conuentionibus abrogatæ non reperiuntur. Discutitur deinceps anceps quæstio de naturali obligatione ex innominatis conuentionibus ante implementum oriunda, quæ affirmatiuè resoluitur, ita tamen vt soluti repetitionem non

impediat,

impediat, nec in animæ iudicio pænitendi facultas maneat sublata. Et an adhibito iuramento in his conuentionibus pænitentiæ locus sit, tractatur. Deinde, de contractibus in quibus obligationes re contrahi dicuntur, ad differentiam eorum in quibus ex consensu nascitur obligatio. Quos omnes consensu fieri, traditur; etsi in omnibus obligatio ex consensu non oriatur. Postremó subditur de notariorum stipulatione, qua innominatus contractus efficitur nominatus.

Differentia.3. pag.295.

CElebris apud vtriusque iuris Interpretes contractuum bonæ fidei, & stricti iuris differentia est, eiusquè cognitio ad varios iuris articulos perutilis. De quibus præsenti in loco agitur, præmissa priús nominis explicatione ac differentiæ inter hos, & illos ratione, quæ peruia quidem non est. Prima ergo, inter eos differentia assignatur, quia dolo causam dante contractui bonæ fidei, ipso iure nullus manet; quo dolo contractus stricti iuris non manet irritus, sed rescinditur. Secunda differentia circa vsuras versatur; cui de vsuris disputatio ad vtrumque ius subnectitur. Tertia ad rei petitæ fructus pertinet; qui in bonæ fidei actionibus veniunt ex moræ tempore, & aliquando etiam ante moram, vt in venditionis, & emptionis contractu; non sic in stricti iuris iudicijs. Deinde agitur de faciendi obligationibus, in quibus obligatio succedit ad interesse; secus, cùm, rem dare, est in obligatione, omissa in hoc gloss. differentia inter bonæ fidei, & stricti iuris contractus, quæ communiter est reprobata. Alia deinceps inter nuncupatas conuentiones subijcitur differentia quæ pertinet ad ea de quibus nec actum, nec cogitatum à contrahentibus fuisset. Hinc tandem ad æstimationem rei debitæ, secundúm moræ tempus, ac quanti plurimi, lato calamo gradus fit Non otiosa quidem tam in scholis, quàm in practica disputatio cum aliorũ iurium intellectu, ac Regiæ legis ornatu simul non sterili, in lib.4.titul.20.

Differentia.4. pag.330.

DE diuisione contractunm in gratuitos, & onerosos sequens differentia est; in qua difficilis enodatur disceptatio de pactis quæ offendunt naturam, substantiam ve contractuum quibus apponuntur; cuiusmodi sunt onerosa pacta gratuitis contractibus adiecta; quæ aliquaudo vitiantur, vt euenit in mutui contractu, qui gratuitus est, & onerosum pactum qualecquale sit, tollitur ab eo, vt vsurarium, & omni iure reprobatum, mutuo permanente; aliquando, spreto nomine contractus, alium abeo qui á contrahentibus est expressus, inducunt; quod ad legũ aliquarum intellectum abseruatur. Traditur deinceps, onerosos contractus, firmiores esse quàm gratuitos, seu lucratiuos; hi, namque, ingratitudinis causa reuocantur; quæ non facessit negotium stabilitati illorum. Idcircò non reuocatur emphyteusis propter ingratitudinem; quæ tamen renouationis petendæ iuri impedimento erit; sicut nec, conductor eam ob causam durante locationis tempore expelli poterit. In alio deinde notatur maior firmitas contractuum onerosorum, quàm lucratiuorum,

quæ cernitur in alienatis in fraudem creditorum. Ex quo, postremó infertur ad decisionem l. quoties C. de rei vendicat. cum limitatione ad eam, nouaquè sub-limitatione.

Differentia.5. pag.345.

COntractus alij, ad dominij acquisitionem sunt innenti, alij ad alios vsus. Et ex illis qui dominij quærendi causa geruntur, illud absque traditione non transfertur; quod secus est in vltimæ voluntatis actibus; cuius differentiæ ratio assignatur. Deinde, ad speciales casus, in quibus dominium sinè traditione quæritur ex contractu, disputatio tendit, quæ post alios, circà pacta legis commissoriæ, adiectionis in diem, & resolutiua alia fusiús extenditur, noua subtexta sententia. Atque exinde de vtilis dominij cum directo consolidatione agitur. Postremò de singularis successoris iure, tam ex Cæsarea lege, quám ex Regia Lusitana, ad expellendum cōductorem, & ad fructus pendentes venditionis tempore, pensionemquè debitam ex prædio conducto rustico, aut vrbano.

CAP. 13.

De ordinarijs clausulis contractuum.

Clausula.1. pag.362.

POst contrahentium personas; & contractuum omnium conuenientias, atque inter eos ciuiles quasdam differentias, pro operis complemento vltimum de ordinarijs, frequentibusquè eorum clausulis caput est. In quo illa primum sortita est locum, quæ depositaria nuncupatur; quæ iure quidem valet; quia tamen odiosa reputatur, strictè accipienda est; nonnulliqué idcircò subijciuntur casus, in quibus locum illa sibi non vendicat. Primus est, cúm de nullitate contractus scriptura ipsa constat. Secundus in minore signatur, qui restitutionis auxilio aduersus contractum audietur, deponendi clausula non obstante. Tertius in filio hærede patris, qui contractu ab illo gesto se legitima portione fraudatum manere proponit. Quartus, executionem sententiæ respicit. Quintus pauperem non valentem deponere conuentam pecuniam, vt audiatur. Sextus personam illius cum quo deponendi pactum adimplendum erat, si post contractum deterioris conditionis sit effectus. Vltimò, Regium rescriptum in hanc clausulam speciale explicatur.

Clausula.2. pag.368.

SEquens clausula est, de debitore pro complemento contractus citando in persona publici alicuius officialis; quæ præcedente durior reputatur, ita vt eius validitas in dubium reuocetur, præmisso priús de validitate illius in scriptura priuata ad ius Regium Lusitanū. Item, an procuratoriū mandatum,

datum, quód nuncupata clausula importat, siné scriptis valeat. Tandemquè, in debitoris hæredes eam non transire, illo, re integra, mortuo, probatur.

Clausula. 3. pag. 371.

CLausula, seu conuentio, quòd vnius contrahentium iuramento stetur, iure valida est; illo tamen iniqué iurante, ad arbitrium boni viri res reducitur; & probationibus in contrarium oblatis audiendus est alter; nec valet pactum facultatem hanc auferens. Item, si is qui ex pacti cõuentione iurare potuit, antequàm iuret, moriatur, iurandi potestas ad hæredes illius non transit, nec si eorum mentio in contractu facta fuisset, quia iurandi facultas incertæ personæ committi non potuit. Vnde, quod communiter traditur, contrahentium pacto effici posse, vt vnius testimonio plenè credatur, de vno aliquo certo, & super certo negotio intelligitur.

Clausula. 4. pag. 375.

AN valeat clausula, quód priuatæ contrahentiũ scripturæ, aut alterius stetur vt publicæ, controuertitur, sententijs inuicem contrarijs adductis; & post aliqua de scripturæ priuatæ fide adducta, & de partium conuentione circà eam tam ad ius commune, quàm Regium, cum casuum distinctione resoluitur quæstio.

Clausula. 5. pag. 382.

AD fori renuntiationem, atque alieni iudicis prorogationem præsens spectat clausula; in qua de iure communi, & Regio Lusitano agitur ad expressam contrahentium pactionem qua alieno se iudici submittunt; & ad prorogationem tacito litigantium consensu inductam; varijs in vtrumque casum limitationibus adductis; post quas nonnullæ sequuntur ampliationes ad prorogationis conuentionem.

Clausula. 6. pag. 398.

AGitur de instrumento Guarentigiato, quod paratam secũ fert executionem. Sed non apud nos quanuis Guarentigiæ clausula scripturæ addatur; quia contrahentium pacto effici nõ potest, vt ab executione incipiatur. Adeó, vt nec ex partium conuentione, sententia lata contra vnum ex fideiussoribus, aut reis debendi, contra alterum executioni mandari possit. Nec lata contra debitorem principalem, aduersus fideiussorem illius habet executionem paratam, præterquàm in fideiussore iudicij. Est tamen casus in quo apud nos quasi ex instrumento guarentigiato ad executionem statim agitur; qui figuratur in conuentione iudicis præcepto, seu sententia interueniente confirmata; cum intellectu Regiæ Ord. lib. 4. titul. 72.

Clau-

Clausula.7. pag.403.

HÆc clausula ad personæ capturam pertinet, à qua ex partium cõuentione executio incipere potest, cúm aliás in bonis fieri priús debeat. Pactum verò vt debitorem statuta die non soluentem propria authoritate capere possit creditor, non valet, prætterquàm ad hoc vt iudicem interpellare posit pro captura illius; quo tamen iure cadet creditor, si iudice omisso veniat ad capturam; sed ius crediti propter hoc non amittet. De beneficio cessionis bonorum deinde agitur ad ancipitem quæstionem de renuntiatione illius. Cui alia annectuntur iuris auxilia pro inope debitore; vt, videlicet, de laboribus manuum suarum viuere permittatur, in carcere detentus à creditore alatur, offerendo rem pro pecuniario debito, cúm idoneus emptor non reperitur, inuito creditore liberetur. Postremó additur, beneficium cessionis bonorum á debitore factę, & personalia alia illi indulta fideiussoribus eius non prodesse.

Clausula.8. pag.412.

DE iuramento agitur, quod contractibus adijcitur, pro confirmatione eorum. Et communis distinctio præmittitur, cuius author est Bald. secundùm quam, obligatorium non est quod bonis moribus naturalibus aut Pontificio iure inductis repugnat; secus si ciuilibus tantúm. Hinc, quia ciuilibus tantùm moribus irrita est donatio inter virum, & vxorem, valet adhibito iuramento. Similiter & contractus minoris, & alij eiusmodi. Econtra in iuramento à marito præstito pro dote vxoris soluenda vltraquám facere posit, quod non valet, secundùm communem, quæ defenditur. Diuersa deinde ratione defenditur communis Legistarum sententia, secundùm quam non est obligatorium iuramentum de non reuocando testamento. Similiter & communis alia, quæ probat, nec cum iuramento valere pactum de hærede aliquo instituendo. Defenditur item communis probans, donationem omniũ bonorum præsentium & futurorum nec cum iuramento valere. Quæ tamen absque eo ecclesiæ facta valet. Vltimò, de lege Regia Lusitana tractatur iuramenta promissoria contractibus apponi prohibente, de intellectu, ratione, & validitate illius.

Clausula.nona. pag.423.

COnuentionalem pœnam, quæ frequentissima est in humanis conuentionibus, licitam esse, traditur, subiecta disputatione ad forum animæ, an ante iudicis sententiam, in illo debeatur. Deinde de validitate illius quando contractui nullo adijcitur, quæstio annectitur, ad commune ius, & Regium vtilis. Tandemquè de conuentionalis pœnæ summa agitur. Et de nullitate illius cúm contractui apponitur, quo certa quantitas promittitur rei quæ pondere, numero, aut mensura consistit, propter vsuræ præsumptionem.

Clausula

Clausula decima. pag. 431.

SEquens est clausula constitui. Per quam illa in constitutarium possessio transfertur, quam constituti tempore constituens habebat. Et possessio quidem ita translata, vera possessio est, quanuis transferendi modus fictus sit. Hoc autem modo possessio non trāsfertur, quando contractus cui clausula inseritur, iure non valet. Nec etiam collato constituto in tempus post mortem constituentis. Cuius tamen morte aut etiam constitutarij, constitutum antea ritè factum non finitur. Illo, denique, possessio non quæritur absenti cuius nomine fit, ante acceptationem illius.

Clausula vndecima. pag. 436.

DE clausula vsusfructus reseruatiua consequenter agitur, quæ constitutiæ affinis est; per hanc enim & possessio fictè transfertur; sed ciuilis solummodó; in quo ab illa differt, per quam vtraque possessio acquiritur constitutario Cui idcircó, & non constituenti violenter eiecto, competit recuperandæ possessionis interdictum Dominium veró, & per hanc cum titulo habili transfertur; in quo cum cōstituti clausula sororizat; sicut & in illo quód suum non operatur effectum, cúm contractui, qui iure non valet, adijcitur. Vltimò cum magis communi sententia probatur, valere donationem omnium bonorum præsentium, & futurorum, hac vsusfructus reseruatiua superinducta clausula.

Clausula duodecima. pag. 438.

CLausulæ, *rato manente pacto*, virtus est, vt capitale, & pæna simul peti possit. Et hæc semel tantúm, quanuis sæpius alter contractui non obediat, nisi illi addatur clausula, *toties, quoties.* Nec illa quidem moræ purgationem impedit. Solúmquè pro illo qui seruat contractum stat virtus illius aduersus alterum. Qua iuramentum potiri, ex communi placito vltimo notatur.

Clausula decima tertia. pag. 441.

CLausula de speciali obligatione bonorum aliquorum post generalem vniuersorum scripta, vtilis est, quia specialis obligatio magis afficit rem, & plus iuris tribuit creditori, quàm generalis; vt in seruo specialiter obligato, & alijs videre est. Quia veró specialis obligatio superaddita generali aliquando illi derogat in iure prioritatis, vt in casu l. 2. C. de pignorib. non frustra post vtramque subditur consueta clausula de non derogando generali per specialem. Generali autem bonorum obligatione, hæredum bona quæ à defuncto non acceperunt, non veniunt. Et an ea defunctus obligare expressè posit, quod controuersum est, vltimó disputatur.

Clausula

Clausula decima quarta. pag.448.

IVrium omnium,& priuilegiorum renuntiatio inter contrahentes assidua est; quæ tamen non operatur circâ ea quæ publici fauoris causa sunt elargita. Et generalis renuntiatio omnium iurium, & priuilegiorum, post specialem aliquorum nominatim scriptam, ad similia specificatis restringitur. An autem sola ipsa generalis in instrumento scripta valeat, & de quibus intelligi debeat, postremó traditur.

Clausula decima quinta. pag.451.

NOtariorum stipulatio absentium nomine facta, frequentissima est, ac valde vtilis, quam consuetudo vbique approbat, eamqué legibus ciuilibus serui publici figmento inductam probatur. Ex quo, in ambigua, controuersaqué inter Doctores quæstione, an ante ratihabitionem absentis, ius illi irreuocabiliter acquiratur notarij stipulatione, affirmatiua opinio, quam communis probat, defenditur. Idqué non in donatione solummodò, sed in respectiuis etiam onerosisqué contractibus, serui argumento qui domino suo in omnibus irreuocabiliter quærit. Quo item argumento probatur, non posse notarium stipulari directò ac principaliter non dum natis, neque conceptis; posse veró absenti cuipiam, ac posteris illius; quod & illi cum seruo commune esse, vltimò notatur.

Clausula decima sexta. pag.460.

CLausula ista clauditur præsens opus; illa quidem in testamentis frequentissima est, atque etiam in iudicijs in quibus plures operatur effectus. In contractibus quoque vtiliter adijcitur. Nec mirum vt in humanis dispositionibus vtilis ita sit, & operosa, quæ, *omni meliori modo*, clausulæ nomen accepit.

FINIS.